



**TRABAJO DE FIN MÁSTER / IKASGAIEN  
AMIERAKO LANA**

**Máster de Acceso a la Abogacía**

.....

**Delitos contra la libertad sexual: análisis de la  
propuesta de reforma**

Sara García Nestar

**DIRECTOR / ZUZENDARIA**

Leticia Jericó Ojer

**Pamplona / Iruñea**

**20 de enero de 2021**



## **RESUMEN**

El principal objetivo de este trabajo se centra en llevar a cabo un estudio de la propuesta de reforma de los delitos sexuales efectuada por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Concretamente, se estudiará la eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual, la nueva figura de violación, las circunstancias agravantes y los cambios penológicos, así como la importancia del consentimiento en relación con lo establecido en el Convenio de Estambul. Para ello, partiremos de un breve apunte estadístico sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España en los últimos años, para posteriormente explicar la evolución legislativa de estas figuras delictivas y cuál es su regulación actual en el vigente Código Penal. Además, se analizará la fina línea que separa la intimidación del prevalimiento y lo que esta difícil distinción supuso para el enjuiciamiento del caso de “La Manada”. En definitiva, la principal finalidad será aportar un estudio retrospectivo de la propuesta de reforma y lo que supondría la nueva regulación en relación con la actual.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia sexual, Género, Consentimiento, Intimidación, Propuesta de reforma.

## **ABSTRACT**

The main objective of this project is to carry out a study of the reform proposal for sexual offences made by the Draft Organic Law for the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom. Specifically, it will study the elimination of the distinction between abuse and sexual aggression, the new figure of rape, the aggravating circumstances and the penological changes, as well as the importance of consent in relation to what is established in the Istanbul Convention. To this end, we will begin with a brief statistical note on crimes against sexual freedom and indemnity in Spain in recent years, to later explain the legislative evolution of these criminal figures and what their current regulation is in the current Penal Code. Furthermore, we will analyse the fine line that separates intimidation from prevalence and what this difficult distinction meant for the prosecution of the case of "La Manada". In short, the main purpose will be to provide a retrospective study of the reform proposal and what the new regulation would mean in relation to the current one.

**KEY WORDS:** Sexual violence, Gender, Consent, Intimidation, Reform proposal.



## ABREVIATURAS

ALOGILS	Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
DT	Disposición Transitoria
DD	Disposición Derogatoria
DF	Disposición Final
EM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento Jurídico
INE	Instituto Nacional de Estadística
LO	Ley Orgánica
LOMPINVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
Núm.	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud
Pág.	Página
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea



# ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN .....	9
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VIOLENCIA SEXUAL .....	10
1. Contextualización y conceptualización de la violencia sexual.....	10
2. La violencia sexual en España: un breve apunte estadístico .....	13
III. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL.....	19
1. Recorrido legislativo .....	19
1.1. <i>El Código Penal de 1848 y los Pactos de la Moncloa</i> .....	19
1.2. <i>La reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio</i> .....	20
1.3. <i>La LO 10/1995, de 23 de noviembre</i> .....	22
1.4. <i>Las reformas del CP de 1995</i> .....	23
2. El delito de agresión y abuso sexual en el CP .....	26
2.1. <i>Análisis de los tipos</i> .....	26
2.2. <i>Doctrina jurisprudencial sobre la violencia e intimidación como elementos diferenciadores</i> .....	34
IV. UN PUNTO DE INFLEXIÓN: A RAÍZ DEL CASO DE LA MANADA .....	36
1. Hechos y valoración judicial .....	36
2. La intimidación ambiental y su diferencia con el prevalimiento .....	41
3. Reacción social y su importancia para la consideración de una reforma de los delitos .....	45
IV. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL .....	47
1. Motivación del legislador.....	47
2. Propuesta de reforma legislativa .....	48
2.1. <i>Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual (Art. 178 CP)</i> .....	49
2.2 <i>El delito de “violación” (Art. 179 CP)</i> .....	55
2.3. <i>Nuevas circunstancias de agravación (Art. 180 CP)</i> .....	56
3. Valoración personal.....	57
V. CONCLUSIONES .....	57
VI. BIBLIOGRAFÍA .....	63
VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL .....	66





## I. INTRODUCCIÓN

El premio nobel Ernest Hemingway estaba enamorado de la bella ciudad de Pamplona y de los Sanfermines, de tal manera que desde 1923 y hasta 1953 acudió puntualmente a la cita y universalizó las fiestas en su novela *The Sun also Rises*.

Precisamente fue en los festejos de la capital navarra, la madrugada del 7 de julio de 2016, cuando tuvo lugar uno de los sucesos que más ha marcado a la sociedad española. Lo que pronto se denominó como el caso de “La Manada” supuso un antes y un después en muchos aspectos. Un antes y un después en los comportamientos sociales, pues las mujeres vimos más necesario que nunca no caminar solas de noche por la calle; un antes y un después en las movilizaciones y reivindicaciones feministas, pues las históricas concentraciones en contra de un pronunciamiento judicial no tenían precedentes; y un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales, pues el polémico suceso impulsó de manera definitiva la necesidad de una reforma.

Las leyes se hacen para regular una convivencia pacífica y ordenada de los ciudadanos y, si bien es cierto que no deben hacerse “a golpe de sucesos”, sí deben responder a los cambios y necesidades sociales.

Debemos preguntarnos entonces si la actual regulación del CP, que distingue la agresión del abuso sexual en función de si concurre violencia o intimidación, responde a nuestra realidad y necesidades sociales. Desde luego la respuesta es no, pues no tiene sentido distinguir que la víctima actúe coaccionada ante una amenaza expresa de un mal o ante una situación que otorgue al agresor una posición privilegiada. Sea bajo la coacción de una amenaza o bajo una situación desventajosa, a la víctima se le impone una conducta sexual que produce en ella un grave daño físico y psicológico. Ahora bien, tampoco se pueden englobar en una misma categoría todas las relaciones sexuales no consentidas, pues el atentado contra la libertad sexual es distinto en función de la intensidad del ataque y la gravedad del medio empleado.

Por ello resulta tan necesaria la revisión de los delitos sexuales del actual CP, pues como dijo John Locke “las leyes se hicieron para los hombres y no los hombres para las leyes”.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VIOLENCIA SEXUAL

### 1. Contextualización y conceptualización de la violencia sexual

Para entender el concepto de violencia sexual hemos de explicar en primer lugar la noción de violencia por razón de género. Como señala FUENTES SORIANO, la violencia de género es una clase de violencia específica y distinta de cualquier otro tipo de violencia interpersonal caracterizada por el hecho de traer causa de la inferior posición en la que históricamente se ha colocado a la mujer por el mero hecho de serlo<sup>1</sup>.

El concepto legal de violencia de género se encuentra en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG<sup>2</sup>), que establece en su art. 1.3 que:

“La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

No obstante, la LOMPIVG únicamente asimila la violencia de género a aquella ocurrida en el ámbito familiar o conyugal, esto es, la perpetrada sobre la mujer por la pareja o el cónyuge o aquel que lo fue en el pasado. Así, el art. 1.1 dispone que:

“La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Por tanto, la Ley dejó fuera de su específico ámbito de protección, entre otras, a las mujeres víctimas de violencia sexual cuando ésta se produce al margen de las relaciones mencionadas, aunque exista acuerdo en entender que el ingrediente coercitivo de dominio y sometimiento preside muchas de estas agresiones, que pasan con ello a ser una manifestación paradigmática de la discriminación, de la situación de desigualdad y

---

<sup>1</sup> FUENTES SORIANO. O.: *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 33 y ss.

<sup>2</sup> España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE, 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres<sup>3</sup>.

Con ello, no se entenderían como violencia de género, a los efectos de esta ley, una amplia gama de casos que constituyen violencia sexual cometidos contra una mujer por el hecho de ser mujer, tales como la llevada a cabo en el trabajo, la ejercida a manos de una organización criminal, la que tiene lugar por parte de la pareja de una mujer sobre otras mujeres de la familia o, simplemente, la que ejerce un agresor que no necesariamente tiene un vínculo sentimental con la víctima<sup>4</sup>.

Por su parte, el Convenio de Estambul establece una noción más amplia de lo que debe entenderse por violencia contra la mujer. Así pues, dispone en su art. 3 que:

“Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”<sup>5</sup>.

Además, define la “violencia contra las mujeres por razón de género” como “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, por lo que la violencia sexual contra las mujeres entra dentro de la categoría de violencia de género<sup>6</sup>.

En parecidos términos se expresa la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), ratificada en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Beijing, 1995), que define en su art.1 la violencia contra la mujer como:

“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener por

---

<sup>3</sup> CUERDA ARNAU, M.L.: “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, pág. 2.

<sup>4</sup> Preguntémonos si acaso lo que le ocurrió a la superviviente del caso La Manada no es un reflejo de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres o fruto de la discriminación ejercida contra éstas, por ejemplo, al considerar los agresores que el cuerpo de las mujeres les pertenece. Por otro lado, en este caso tampoco existía ningún tipo de vínculo entre los agresores y la superviviente. UBIETO OLIVÁN, A.: “La violencia sexual como violencia de género: una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Femeris*, núm. 2, 2018, pág. 168.

<sup>5</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género (Convenio de Estambul), firmado por España en el año 2014.

<sup>6</sup> MARCO FRANCIA, M.ª.: “Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de La Manada”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.ªA. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 308.

resultado un daño o sufrimiento físico, psicológico o sexual para las mujeres, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”

A través del art. 2 se concretan los actos que se entenderán como violencia contra la mujer, siendo *numerus apertus*, pues ya precisa el precepto que no se limita únicamente a ellos<sup>7</sup>.

Observamos que, tanto en el Convenio de Estambul como en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, no se opera ninguna distinción entre las formas de violencia de género o el ámbito en el que ocurren; es más, ambos textos internacionales recogen expresamente la catalogación de este tipo de violencia sobre la mujer tanto si se produce en la vida pública como en la privada, frente a lo dispuesto por la LOMPIVG.

Es precisamente en los casos de violencia sexual contra las mujeres donde más interfieren los estereotipos de género si tenemos en cuenta, como apunta CUERDA ARNAU, el hecho históricamente constatable de que la violencia sexual es la más cruda expresión de la dominación del hombre sobre la mujer, convertida en objeto por el mero hecho de serlo<sup>8</sup>.

Sin embargo, a pesar de que la violencia sexual encuentra su causa en la desigualdad en la distribución de los roles de género, la estructura social de naturaleza patriarcal y la situación de discriminación del hombre frente a la mujer, no se hace en nuestro CP<sup>9</sup> (en las disposiciones relativas a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) ninguna diferenciación en cuanto al género, ni se considera jurídicamente, como hemos visto, una forma de violencia de género, fuera de los casos que se cometen en el seno de la pareja o expareja.

---

<sup>7</sup> a) La violencia física, sexual y psicológica de la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia referida a la explotación; b) la violencia física, sexual y la psicológica a nivel de la comunidad en general incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidaciones sexuales en el trabajo y en otros ámbitos, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) la violencia física, sexual o la psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

<sup>8</sup> Véase JERICÓ OJER, L.: “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal”, en: MONGE FERNÁNDEZ (Dir.) / PARRILLA VERGARA (Coord.): *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, 2019, pág. 292 y ss.

<sup>9</sup> España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 24 de noviembre de 1995, núm.281.

A nivel conceptual, según la OMS, por violencia sexual se entiende:

“Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo”<sup>10</sup>.

La violencia sexual afecta de manera desproporcionada a las mujeres, representando formas de agresión y dominación por razón de género que se producen de manera sistémica en todos los contextos políticos, culturales y sociales, ejerciéndose tanto en la vida privada como en la vida pública, siendo también perpetrada por el Estado o sus agentes<sup>11</sup>. De entre las múltiples formas de violencia que pueden perpetrarse, quizás la sexual sea una de las más vejatorias y degradantes contra la dignidad de la mujer, pues no podemos olvidar que se está invadiendo la esfera más íntima y personal de quien se ve sometida a tales actos. La violencia sexual es el ejercicio de violencia más primaria, ya que supone la utilización del cuerpo de las mujeres como objeto de placer ajeno<sup>12</sup>.

Por todo lo expuesto, hemos de considerar que, aunque no esté legalmente reconocida como violencia de género si no se comete en el seno de las relaciones sentimentales, la violencia sexual también encuentra sus causas arraigadas en los desequilibrios estructurales de poder y en la desigualdad y discriminación entre géneros, pues como cualquier otro tipo de violencia ejercida contra la mujer por razón de serlo, la violencia sexual responde a la ideología patriarcal y a la cultura de la dominación y subordinación de las mujeres respecto a los hombres.

## **2. La violencia sexual en España: un breve apunte estadístico**

Para poder delimitar el fenómeno de la violencia sexual en nuestro país es fundamental diagnosticar la realidad siendo el mejor reflejo de la misma el abordaje y análisis de los datos disponibles. Ahora bien, cabe resaltar la dificultad a la hora de realizar un diagnóstico preciso, pues las fuentes estadísticas en nuestro país son diversas y fragmentarias, con conceptualizaciones diferentes, lo que ha complicado esta labor de

---

<sup>10</sup> OMS, *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, OMS, Washington, 2003, pág. 161.

<sup>11</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA: “Ya es hora de que me creas. Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas”, Amnistía Internacional España, 2018.

<sup>12</sup> FARALDO CABANA, P./ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Presentación”, en FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 15.

estudio.

La pretensión del análisis no es exhaustiva, pero creo que es importante delimitar el escenario a partir de los datos sobre la incidencia de la violencia sexual en España en los últimos años (concretamente, del 2015 al 2019), ofrecidos en primer lugar por el Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior<sup>13</sup>. Las series anuales de criminalidad del Ministerio del Interior nos ofrecen datos categorizados en cuatro grupos: hechos conocidos, hechos esclarecidos, detenciones e investigaciones y, por último, victimizaciones. En segundo lugar, haré una valoración de los datos ofrecidos por el INE relativos a los condenados en el año 2019 (sentencias firmes condenatorias por delitos sexuales en el año 2019)<sup>14</sup>, ignorando el resto de los portales o macroencuestas que presentan datos que no resultan del todo fiables. También cabe señalar que, como se verá a continuación en las tablas estadísticas del Ministerio del Interior, dentro de la tipología de delitos contra la libertad sexual, se muestran cifras sobre agresiones sexuales, agresiones sexuales con penetración, corrupción de menores o incapacitados, pornografía infantil y por último, una especie de cajón de sastre denominada “otros delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, donde debemos incluir los arts. 181 a 188 del CP, esto es, los abusos sexuales (con y sin penetración), los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, el acoso sexual, el exhibicionismo, la provocación sexual y los relativos a la prostitución. En este sentido, los datos del INE son más descriptivos que los del Ministerio del Interior, ya que desglosan mejor las cifras en relación con las tipologías delictivas tal y como figuran en el CP.

Habiendo puntualizado estos aspectos, comenzaremos analizando los datos sobre los *hechos conocidos* de violencia sexual. Por hechos conocidos se entienden el conjunto de infracciones penales que han sido conocidas por las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bien por medio de denuncia interpuesta o por actuación policial realizada motu proprio (labores preventivas o de investigación). Por tanto, podríamos decir de manera sintética que la siguiente tabla muestra el total de denuncias presentadas por delitos contra la libertad sexual entre los años 2015 y 2019.

---

<sup>13</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR. *Portal Estadístico de Criminalidad*, 2019, Ministerio del Interior, Gobierno de España.

<sup>14</sup> INE. *Estadísticas de condenados adultos*, 2019.

Tabla 1

Hechos conocidos por comunidades autónomas, tipología penal y periodo.					
	2015	2016	2017	2018	2019
TOTAL NACIONAL					
3. LIBERTAD SEXUAL	9.869	10.844	11.692	13.782	15.319
3.1.-Agresión sexual	1.626	1.684	1.806	1.917	2.059
3.2.-Agresión sexual con penetración	1.229	1.249	1.387	1.700	1.873
3.3.-Corrupción de menores o incapacitados	432	368	400	268	369
3.4.-Pornografía de menores	748	621	767	892	866
3.5.-Otros contra la libertad e indemnidad sexual	5.834	6.922	7.332	9.005	10.152

Fuente. Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior

Se puede observar claramente como el número de denuncias ha aumentado considerablemente desde el año 2015, incrementándose progresivamente la cifra hasta sumar en 2019 la cantidad de 5.450 denuncias más que en el año de inicio del estudio. Es de señalar que, en el apartado de “otros delitos”, donde encajaría el abuso sexual, las denuncias han ascendido notablemente, alcanzando en 2019 casi el doble que en 2015. Ello no tiene por qué deberse a un incremento en la comisión de estos delitos, pues seguramente esta alza en las cifras responda a la cada vez mayor sensibilización de la sociedad acerca de lo necesaria que es su denuncia. También puede explicarse el crecimiento de denuncias por el aumento de la población en España, pues en el año 2015, había 46.624.382 habitantes, según el censo de población registrada, mientras que en 2019 alcanzamos los 47.026.208 habitantes.

Con estos datos únicamente podemos valorar el incremento de las denuncias por violencia sexual en cuatro años consecutivos. Pero el interrogante que quizás debamos plantearnos es si en realidad son muchas las denuncias interpuestas por la presunta comisión de actos de violencia sexual. Para resolver esa cuestión deberemos tomar como referencia el número total de hechos conocidos y compararlo con la cifra de hechos conocidos relativa a la violencia sexual. Así pues, según el anuario estadístico del Ministerio del Interior de 2019, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado conocieron un total de 2.199.475 infracciones penales, con lo que las 15.319 denuncias presentadas por violencia sexual únicamente representan el 0,69% del total, mientras que en 2015 se conocieron 2.036.815 denuncias, de las cuales 9.869 fueron por violencia sexual, esto es, un 0,48%.

En cuanto a los *hechos esclarecidos* se consideran como tales aquellos en que se

identifica plenamente al autor, cuando existe una confesión verificada o pruebas sólidas (o cuando haya una combinación de ambos elementos).

Tabla 2

Hechos esclarecidos por comunidades autónomas, tipología penal y periodo.					
	2015	2016	2017	2018	2019
<b>TOTAL NACIONAL</b>					
3. LIBERTAD SEXUAL	7.500	8.381	8.894	10.674	11.887
3.1.-Agresión sexual	1.146	1.197	1.319	1.444	1.571
3.2.-Agresión sexual con penetración	1.007	1.031	1.118	1.407	1.520
3.3.-Corrupción de menores o incapacitados	358	292	333	206	276
3.4.-Pornografía de menores	540	477	518	668	620
3.5.-Otros contra la libertad e indemnidad sexual	4.449	5.384	5.606	6.949	7.900

Fuente. Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior

Según estos datos, en comparación con la tabla estadística anterior, el número de delitos contra la libertad sexual esclarecidos en el año 2019 sería de un 77,46% del total de los datos denunciados, que se eleva a un 81,15% en los casos de agresión sexual con penetración.

Respecto a las *investigaciones y detenciones* debemos plantearnos el interrogante de si son muchas detenciones por la presunta comisión de actos de violencia sexual en comparación con el cómputo total.

Tabla 3

Detenciones e investigados por comunidades autónomas, tipología penal y periodo.					
	2015	2016	2017	2018	2019
<b>TOTAL NACIONAL</b>					
3. LIBERTAD SEXUAL	6.044	6.363	6.796	8.288	8.983
3.1.-Agresión sexual	961	1.031	1.089	1.211	1.326
3.2.-Agresión sexual con penetración	856	888	865	1.198	1.207
3.3.-Corrupción de menores o incapacitados	294	248	275	185	191
3.4.-Pornografía de menores	473	441	463	677	615
3.5.-Otros contra la libertad e indemnidad sexual	3.460	3.755	4.104	5.017	5.644

Fuente. Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior

Observamos que las detenciones por violencia sexual en 2015 apenas alcanzaban las 6.000 mientras que en 2019 se aproximan a las 9.000. Pues bien, las detenciones por violencia sexual en 2015 supusieron un 1,58% de las totales (380.244), mientras que en



2019 supusieron un 2,18% de las totales (411.903). Llama la atención que del total de hechos esclarecidos por violencia sexual en 2019 (tabla 2), que fueron 11.887, únicamente se detuvo o investigó a 8.983 personas.

En cuanto a la siguiente tabla, muestra los datos de *victimizaciones*. El concepto de victimización viene referido al número de hechos denunciados por personas en los cuales manifiestan ser víctimas o perjudicados por alguna infracción penal y se diferencia del concepto de «víctima», ya que éste se refiere a personas individuales.

Tabla 4

Victimizaciones de infracciones penales por periodo, comunidad autónoma, tipología penal, grupo de edad y sexo.					
	2015	2016	2017	2018	2019
	TOTAL	TOTAL	TOTAL	TOTAL	TOTAL
	Femenino	Femenino	Femenino	Femenino	Femenino
<b>TOTAL NACIONAL</b>					
3. LIBERTAD SEXUAL	6.823	7.240	8.018	9.381	10.380
3.1.-Agresión sexual	1.221	1.264	1.313	1.461	1.535
3.2.-Agresión sexual con penetración	827	832	906	1.107	1.175
3.3.-Corrupción de menores o incapacitados	342	272	346	191	255
3.4.-Pornografía de menores	94	69	84	63	82
3.5.-Otros contra la libertad e indemnidad sexual	4.339	4.803	5.369	6.559	7.333

Fuente. Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior

Como se puede apreciar, el número de victimizaciones ha crecido cuantiosamente en estos últimos cuatro años. No llama tanto la atención la comparativa entre 2015 y 2019 respecto de las agresiones sexuales (aumentaron en 314), como si lo hace la enorme crecida en cuanto los “otros delitos”, en los que se engloban los abusos sexuales, pues pasaron de 4.339 en 2015 a 7.333 en 2019, lo que supone un ascenso de 2.994 delitos.

En último lugar, analizaremos los datos estadísticos ofrecidos por el INE en relación con las personas condenadas por delitos contra la libertad sexual en el año 2019.

Tabla 5

Tabla	Gráfico					
		2015	2016	2017	2018	2019
8 Contra la libertad e indemnidad sexuales		2.515	2.721	2.764	2.917	3.296
8.1 Agresiones sexuales		489	430	387	386	428
8.2 Abusos sexuales		740	969	956	1.011	1.218
8.2 BIS Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años		230	318	320	453	529
8.3 Acoso sexual		43	48	45	59	69
8.4 Exhibicionismo y provocación sexual		390	448	414	394	432
8.5 Prostitución y corrupción menores		623	508	642	614	620

Según el INE, en 2019 el total de adultos condenados por sentencia firme fue de 286.931, de los cuales, como se puede apreciar en la tabla, 3.296 lo fueron por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, lo que supone un 1,14% del total. Se observa claramente que el número global de condenados por delitos contra la libertad sexual ha aumentado ligeramente, aunque hay menos condenas por agresiones sexuales, pero muchas más por abusos sexuales.

Si comparamos la tabla de hechos esclarecidos (tabla 2) con la tabla estadística de condenados (tabla 5), en el último año se ha condenado a menos de un tercio de las personas que constan como delitos esclarecidos, esto es, delitos denunciados que fueron atribuidos penalmente a algún autor conocido. Tenemos que, si fueron esclarecidos 11.887 delitos, únicamente fueron condenados 3.296, con lo que se han quedado sin juzgar o fueron absueltas 8.591 personas que ya habían sido investigadas.

Podemos concluir diciendo que llama la atención como muchos de los casos de violencia sexual que se denuncian terminan cerrándose en falso. Esto puede deberse a múltiples factores entre los que debemos destacar, por un lado, la victimización secundaria en este tipo de delitos y, por otro lado, la intimidad de los ámbitos en que se producen y la dificultad de prueba que ello conlleva. La victimización secundaria o revictimización hace referencia a las relaciones que se establecen posteriormente a la comisión del delito entre la víctima y el sistema jurídico- penal. En muchos casos, las instituciones y profesionales (policías, médicos, abogados, jueces, servicios sociales...) encargados de prestar atención a la víctima, la juzgan, cuestionan o culpabilizan y esta termina padeciendo un sufrimiento incluso mayor que el experimentado por el delito inicial. El hecho de no querer revivir la situación traumática y volver a asumir el papel de víctima puede llevar a muchas mujeres a arrepentirse de la interposición de la denuncia y definitivamente renunciar al proceso. Otro de los factores que apuntábamos es el ámbito privado en que se producen muchas de las agresiones y abusos sexuales, sin más testigos que las personas involucradas en la conducta. Es muy común que este tipo de delitos se cometa en el seno de la pareja, de la expareja o de la familia, donde es muy difícil conseguir prueba, lo que lleva a muchas mujeres a desistir del proceso. Además, en estos contextos se produce por parte de quienes han cometido el delito una especie de “coacción o chantaje emocional” que hace que las víctimas se vean sometidas por el

miedo, la dependencia económica o emocional y decidan no continuar con la denuncia. Es por ello que, ante un notorio aumento de las denuncias, que se debe evidentemente a la mayor sensibilización de la sociedad con los delitos sexuales, las condenas no son tan abundantes, pues las víctimas no quieren o no pueden seguir adelante.

### **III. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL**

#### **1. Recorrido legislativo**

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se regulan actualmente, bajo esa rúbrica, en el Título VIII del Libro II del CP de 1995, (arts. 178 a 194). Estos delitos adoptan su estructura típica tras las sucesivas reformas legislativas experimentadas a lo largo de los años, reformas que han estado muy marcadas por las transformaciones de ciertas construcciones sociales que durante siglos han determinado estereotipos desiguales y discriminatorios para la mujer.

Así pues, la actual configuración de los delitos sexuales solo puede entenderse desde la radical transformación que experimentaron con motivo del cambio registrado en las costumbres sexuales en las últimas décadas del siglo XX<sup>15</sup>. Podríamos decir que en pocas materias del Derecho Penal el legislador se ha mostrado más atento a los cambios de mentalidad y de costumbres sociales como lo ha hecho con el tema de la sexualidad.

#### *1.1. El Código Penal de 1848 y los Pactos de la Moncloa*

La regulación que hoy conocemos tiene su precedente más directo en el CP de 1848, en el que los delitos sexuales se regulaban como “Delitos contra la honestidad” en el Título X del Libro II, el cual estaba integrado por cinco capítulos dedicados al adulterio, la violación, el estupro, rapto y disposiciones comunes a todos ellos. Se observa que en esta época lo que se pretendía proteger era la decencia y la honra de la víctima, por lo que la investigación que se llevaba a cabo de los delitos sexuales recaía en comprobar que la víctima realmente fuese una mujer decente u honorable, ya que esto resultaba esencial para la definición de estos delitos.

A pesar de que al CP de 1848 le sucedieron otros textos legislativos, la rúbrica de los delitos contra la honestidad se mantuvo inalterada, pero sí se vino a realizar una tímida reforma de parte de su contenido en el año 1978, en cumplimiento de los Pactos de la

---

<sup>15</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El no es no”, *El País*, (10 de mayo de 2018).

Moncloa de 1977. Así, por ejemplo, en estos Pactos, los partidos políticos más importantes acordaron derogar el llamado “estupro fraudulento” mediante engaño (que la jurisprudencia de entonces entendía como “falsa promesa de matrimonio”) de la mujer menor de veintitrés años; o el “rapto” de una mujer menor de veintitrés años, con su anuencia, pero en contra de la voluntad de sus padres o guardadores. También se despenalizaron entonces la venta y difusión de medios anticonceptivos y el delito de adulterio, que siempre era delito cuando lo cometía la mujer, pero que en el caso de que fuera el marido, se le llamaba amancebamiento y se requería para su castigo que éste tuviera manceba dentro del domicilio conyugal o notoriamente fuera del mismo<sup>16</sup>.

Sin embargo, seguía patente la necesidad de que el CP abandonase la tutela de la honestidad como bien jurídico de la esfera sexual, pero para la modernización de estos delitos hubo de esperar hasta 1989.

### *1.2. La reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio*

La LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP, vino a modificar esta situación sustituyendo la rúbrica de los “Delitos contra la honestidad” por “Delitos contra la libertad sexual”. Esta reforma elimina cualquier referencia al sujeto pasivo del delito, permitiendo la aplicación del tipo delictivo tanto en los supuestos en los que sujeto pasivo resultaba ser un hombre como si se trataba de una mujer. Modificación legislativa que justificó el legislador en el Preámbulo al establecer que “la necesidad de una reforma de los llamados delitos ‘contra la honestidad’ del CP es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad”, de modo que “las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión ‘honestidad’ por ‘libertad sexual’, que ésta es el auténtico bien jurídico atacado”, al mismo tiempo que determina que “con la nueva redacción los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres”<sup>17</sup>. Por lo tanto, con este cambio de rúbrica se ponía manifiesto que la “honestidad”, siendo un concepto tan prejuicioso y burdo, no podía ser el bien jurídico protegido, sino que debía serlo la

---

<sup>16</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “La vinculación del Juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, en *Revista Penal*, núm. 43, 2019, págs. 223, 224.

<sup>17</sup> OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: “Delitos sexuales: derecho penal y cultura de la violación con ocasión del caso de “La Manada””, en LLORIA GARCÍA.P. (Coord) y CRUZ ÁNGELES, J. (Coord.): *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 127.

libertad de una persona para decidir su comportamiento en las relaciones sexuales. Así, ya no sería necesario probar que la mujer era digna, que era honrada y que tenía un comportamiento sexual que se correspondía con los roles socialmente establecidos, pues a partir de esta LO 3/1989, de 21 de junio, estos delitos se castigaban por vulnerar la libertad sexual de quien era objeto de la conducta típica y no por su afección a la honestidad de la mujer. Con ello dejaba de tener respaldo legal que la prostituta no pudiera ser sujeto pasivo de una violación porque no era una persona “honesta” y lo mismo ocurría respecto de la violación de la mujer casada por parte del marido, porque se entendía que, en el seno del matrimonio, una relación sexual forzada no podía ser considerada deshonestas, sino como mucho constituir un delito de coacciones o amenazas.

Además del cambio de rúbrica, a través de esta reforma se sustituyó la referencia a la mujer como víctima por “la persona”, lo que permitió que el sujeto pasivo de los delitos pudieran ser también los hombres. Así, bajo una realidad ficticia de igualdad entre hombres y mujeres, se sostuvo que ambos pudieran ser sujetos activos o pasivos aleatoriamente de los delitos cometidos bajo este título, con lo que se estaba invisibilizando que la casi totalidad de estos delitos eran cometidos por hombres. Respecto a esta modificación o cambio de tratamiento, ASÚA BATARRITA indica que resulta “aceptable desde una perspectiva estrictamente formal, pero discutible desde la realidad sociológica del fenómeno de la violación, que sigue siendo básicamente un ataque contra mujeres”<sup>18</sup>. En mi opinión, coincidente con la de la autora, al equipararse a hombres y mujeres como sujeto pasivo del delito se olvida el hecho de que la violación es una expresión del sometimiento, a través de la sexualidad, del género femenino, pues no responden a las mismas razones histórico-culturales los ataques sexuales a los hombres que los cometidos contra mujeres.

Otra importante novedad de la reforma de 1989 fue la ampliación de la acción típica del delito de violación al “acceso carnal” por vía anal o bucal, además de la forma tradicional del acceso por vía vaginal<sup>19</sup>. Se incluyó también en esta reforma la introducción de objetos por vía vaginal o anal. Además, se sustituyó la expresión “privada

---

<sup>18</sup> ASÚA BATARRITA, A.: “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en EMAKUNDE / INSTITUTO VASCO DE LA MUJER: *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria, 1998, pág. 82.

<sup>19</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “La vinculación del Juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, en *Revista Penal*, núm. 43, 2019, pág. 225, 226.

de razón” por la de “se abusare de su enajenación”, abriendo la puerta a que estas personas puedan ejercer su libertad sexual cuando no se abusa de su condición y estén en condiciones de comprender el alcance de su conducta<sup>20</sup>.

En definitiva, con la equiparación o igualación de los sujetos activo y pasivo del delito, la admisión de que el acceso carnal pueda realizarse tanto por vía vaginal como anal o bucal, el reconocimiento de que la introducción de objetos constituye una agresión sexual y, en especial, la nueva rúbrica de los delitos contra la libertad sexual frente a la de delitos contra la honestidad, parecía acreditar que, cuando menos en esta materia, la vieja escisión entre Derecho y sociedad, entre normatividad jurídica y normatividad social, quedaba en gran medida superada<sup>21</sup>.

### *1.3. La LO 10/1995, de 23 de noviembre*

En 1995 se aprobó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Las novedades fueron fruto de la creencia de que el CP debía proteger ante todo la libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí<sup>22</sup>.

La primera de las novedades afectaba a la terminología, pues las antiguas denominaciones de “violación” y “estupro” fueron sustituidas respectivamente por las de “agresión” y “abuso”. Sin embargo, que la reforma fuera lingüística no supone que resulte meramente ornamental, pues, al margen de la fuerza simbólica de las palabras, los nuevos términos enunciados expresan mucho mejor el bien jurídico que ante todo se pretende tutelar<sup>23</sup>. En virtud de este sistema de tipificación, se distingue básicamente entre agresiones y abusos sexuales según el grado de afectación a la libertad de la víctima. Las agresiones sexuales abarcan los atentados a la libertad sexual realizados con violencia (término que sustituye al tradicional de “fuerza”, sin que ello suponga diferencias sustanciales en el contenido) o intimidación, con un tipo básico y otro agravado por el

---

<sup>20</sup> FARALDO CABANA, P.: “Evolución del delito de violación en los Códigos Penales Españoles. Valoraciones doctrinales”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 47.

<sup>21</sup> LAMARCA PEREZ, C.: “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm.27, 1996, pág. 50.

<sup>22</sup> CUERDA ARNAU, M.L.: “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, pág. 18.

<sup>23</sup> LAMARCA PEREZ, C.: “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, 1996, pág.51.

acceso carnal y conductas asimiladas, además de un conjunto de circunstancias que podían agravar la pena de uno y otro. El término “violación” no se utiliza en la nueva regulación. Además, en cuanto a las modalidades de conducta sexual, con el propósito declarado de reducir el protagonismo del acceso carnal, se equipara la introducción de objetos, antes una forma menos grave de agresión sexual, al acceso carnal y a la penetración anal o bucal<sup>24</sup>.

Cabe decir que, siguiendo los pasos de la reforma de 1989, el nuevo CP también parte de la igualdad entre hombre y mujer por lo que tanto uno como otra pueden ser sujeto activo y pasivo del delito. Y del mismo modo que ocurrió con dicha reforma, la nueva codificación también fue objeto de críticas en este sentido, pues con esta equiparación en cuanto al sexo de la víctima y autor se estaba ocultando la realidad de género que preside este tipo de delitos.

#### *1.4.Las reformas del CP de 1995*

Tras su aprobación, el CP de 1995 ha sufrido importantes reformas en lo que se refiere a los delitos sexuales.

La primera de ellas fue la operada por la LO 11/1999, de 30 de abril, con la que el legislador efectuó un nuevo cambio en la rúbrica del bien jurídico tutelado, incorporando el concepto de “indemnidad” como objeto de tutela junto al de libertad sexual<sup>25</sup>. Esto supuso conectar directamente con el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad de menores e incapaces, esto es, el derecho a no ser involucrado por una persona adulta en un acto de carácter sexual, pues por la falta de madurez o por alguna discapacidad mental no podrían comprender su alcance.

Otra de las novedades que introdujo esta reforma fue catalogar nuevamente la conducta del art. 179 CP como delito de “violación”, quedando el precepto redactado de la siguiente forma:

---

<sup>24</sup> FARALDO CABANA, P: “Evolución del delito de violación en los Códigos Penales Españoles. Valoraciones doctrinales”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.)/ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 53-55.

<sup>25</sup> Sin embargo, el legislador no explica los motivos por los que efectúa esta adición y no será hasta la LO 5/2010, de 22 de junio, cuando dé una explicación de qué se entiende por indemnidad. Así, en la EM establece que la indemnidad sexual se entiende *como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado*.

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años”.

En virtud de esta redacción, se deja claro que la introducción de objetos solo es típica en caso de que se realice por vía vaginal o anal, haciéndose eco de las duras críticas doctrinales vertidas contra la posibilidad de que la introducción de objetos en la boca pudiera ser considerada tipo agravado de agresión sexual. La misma modificación se introduce en los abusos sexuales agravados por acceso carnal y conductas asimiladas (art. 182 CP)<sup>26</sup>.

En cuanto a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, el cambio más significativo que introduce es la modificación del art. 179 para incluir en la agresión sexual la introducción de “miembros corporales” por vía anal o vaginal. Así el art. 179 CP en la redacción de la LO 15/2003, que se mantiene hoy día vigente, queda como sigue:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”

Esta reforma vino motivada porque el TS, en una interpretación excesivamente literal del concepto de “objeto”, había excluido expresamente del tipo cualificado de la agresión sexual la introducción de “miembros corporales” y concretamente de los dedos.

En cuanto a la reforma efectuada por la LO 5/2010, de 22 de junio, encuentra su razón de ser en la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Por ello se procede a la incorporación del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años» y se modifica el art. 183 CP sobre los abusos y agresiones sexuales contra menores de trece años. Además, se introduce un nuevo art. 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado «*childgrooming*», previéndose además penas agravadas cuando el

---

<sup>26</sup> FARALDO CABANA, P: “Evolución del delito de violación en los Códigos Penales Españoles. Valoraciones doctrinales”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.)/ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 58.



acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En lo que respecta a las agresiones sexuales contra personas adultas, se limita a cambiar la expresión “con violencia o intimidación” por “utilizando violencia o intimidación” y a aumentar el límite superior de la pena del tipo básico de agresiones sexuales, que sube a cinco años. Consecuentemente, también aumenta a cinco años el límite inferior de la pena del tipo agravado del art. 180 CP<sup>27</sup>.

Se modifica la circunstancia agravante del art. 180.1. 3º CP, que añade además de la edad, la enfermedad o situación, la circunstancia de discapacidad de la víctima como razón de vulnerabilidad. También se modifica el art. 181 CP con el fin de añadir a los abusos sexuales no consentidos aquellos cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Por último, la reforma efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, trajo consigo importantes modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años. Por otra parte, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas y se prevé la imposición, en estos casos, de penas de hasta tres años de prisión. Además, se completa el art. 183 CP con un nuevo apartado “ter” destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas. Con ello se pretende reformar la protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y anonimato que proporcionan. También se añade un nuevo apartado “quáter” según el cual el consentimiento libre del menor de 16 años excluirá la responsabilidad penal cuando el autor sea una persona próxima al menor, por edad y grado de desarrollo o madurez.

---

<sup>27</sup> FARALDO CABANA, P.: “Evolución del delito de violación en los Códigos Penales Españoles. Valoraciones doctrinales”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.)/ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 59.

Podemos concluir diciendo que, desde la aprobación del CP de 1995, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales son uno de los delitos que más reformas de calado ha padecido, tanto en la modificación de los marcos penales previstos como en la de las conductas típicas. La regulación actual, aunque ofrece un abanico de conductas punibles amplísimo cuyas penas no son en absoluto desdeñables, sigue siendo objeto de críticas por las deficiencias y problemas de interpretación que presenta. La tipificación que hace nuestro CP de estos delitos es valorativamente cuestionable y ha dado lugar a una interpretación por los tribunales todavía reticente a abandonar los criterios con los que se (des)valoraba el comportamiento sexual de las mujeres en el siglo XIX, como si poco o nada hubiera cambiado en dos siglos de reformas penales<sup>28</sup>.

## **2. El delito de agresión y abuso sexual en el CP**

### *2.1. Análisis de los tipos*

Resulta especialmente importante analizar la tipificación actual de los delitos de violencia sexual, puesto que como veremos más adelante, en casos tan mediáticos como el de “La Manada”, la subsunción de los hechos en un tipo u otro ha sido uno de los mayores focos de crítica. La polémica radicó en la gran diferencia entre el fallo de la AP de Navarra, que condena por un delito de abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 CP), y el fallo de la STS, que estima la concurrencia de un delito de agresión sexual (art. 178 y 179 CP), diferencia principalmente basada en la apreciación o no de la concurrencia de intimidación.

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se regulan en el Título VIII del Libro II del CP. Las agresiones sexuales, siempre que sean cometidas contra víctima mayor de 16 años, se recogen en el Capítulo I, esto es, en los arts. 178 a 180 CP. Los abusos sexuales, también contra víctima mayor de 16 años, se tipifican en el Capítulo II, arts. 181 y 182 CP. Por último, el Capítulo II bis del citado Título VIII prevé el castigo “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

Dado el objetivo de este trabajo, se centrará la atención en los dos primeros capítulos, si bien antes proporcionaremos unas nociones generales y básicas de todos

---

<sup>28</sup> FARALDO CABANA, P.: “Evolución del delito de violación en los Códigos Penales Españoles. Valoraciones doctrinales”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.)/ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 65.

estos delitos.

Como sabemos, a raíz de la LO 11/1999, de 30 de abril, existe un bien jurídico dual: la libertad y la indemnidad sexuales en función del sujeto pasivo, siendo así que cuando es un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección se alude a la indemnidad sexual como bien jurídico. Con este concepto se pretende reflejar que algunas personas, especialmente vulnerables, deben quedar al margen de los daños que se puedan derivar de las experiencias sexuales por no estar en una situación que les permita asumirlas en su configuración personal.

En cuanto a la edad del consentimiento, ya se ha explicado que la LO 1/2015, de 30 de marzo, trajo consigo una de las reformas de mayor relevancia en el ámbito de los delitos contra la indemnidad sexual, como es la elevación de la edad para otorgar el denominado consentimiento sexual. Con anterioridad a la entrada en vigor dicha LO, esta edad se fijaba en 13 años; sin embargo, la mencionada Ley se encargó de aumentarla hasta los 16 años. En relación con ello, el legislador establece una eximente de responsabilidad en el art. 183 quáter CP, por la que el consentimiento libre del menor de 16 años excluirá la responsabilidad penal cuando el autor sea una persona próxima al menor, por edad y grado de desarrollo o madurez.

La tipicidad subjetiva de todas las modalidades típicas es de carácter doloso, de tal modo que el dolo tiene que abarcar todos los elementos del tipo objetivo en cuestión, en especial, la ausencia de consentimiento y demás circunstancias de la víctima, así como el resto de los elementos propios de los tipos agravados. Tradicionalmente se requería un ánimo lascivo, lúbrico o libidinoso, cuya concurrencia no parece necesaria en la actualidad<sup>29</sup>.

En cuanto a la autoría, la jurisprudencia del TS ha reconocido que cabe en estos

---

<sup>29</sup> En este sentido, establece la STS, Sala de lo Penal, núm. 60/2016, de 4/2/2016 (RJ 2016\298): "...respecto al elemento subjetivo en los delitos contra la libertad sexual, hemos dicho (STS 411/2014, de 26 de mayo), que la tipicidad del delito de abuso sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima. No puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor no sea necesariamente el de obtener una satisfacción sexual. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, afecta negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. (...)”.

delitos la comisión, además de como autor material, como cooperador necesario<sup>30</sup>.

### 2.1.1. El delito de agresión sexual

Entrando a analizar las conductas típicas, las agresiones sexuales a mayores de 16 años se encuentran reguladas en los arts. 178<sup>31</sup>, 179<sup>32</sup> y 180<sup>33</sup> CP. El concepto de agresión sexual debe ser entendido, en palabras de la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado, como “todo ataque a la libertad sexual de otro imponiéndole con violencia o astucia actos o comportamientos en las condiciones típicas”.

El art. 178 CP regula tipo básico como ataques a la libertad sexual cometidos sin penetración y con violencia o intimidación. La violencia, “vis física” e intimidación, “vis moral” exigidas por el tipo se corresponden, en principio, con los elementos propios del delito de coacciones, lesiones y amenazas, bastando con que sean eficaces y suficientes para vencer la voluntad de la víctima, no siendo necesario que sea irresistible. Por tanto, no es necesario que la fuerza física empleada contra el sujeto pasivo sea de tal magnitud que haga imposible cualquier oposición, ni que la intimidación suponga una invencible

---

<sup>30</sup> En este sentido, véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 1291/2005, de 8/11/2005, (RJ 2006\398), que establece que “Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del nº 1 del art. 28 por el acto carnal que él mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. 7.3.97 y 481/2004 de 7.4). Así se expresa la STS, Sala de lo Penal, núm. 1169/2004, de 18/10/2004, (RJ 2005\781), cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, cometen cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es -ordinariamente- coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual”.

<sup>31</sup> Art. 178 CP: “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

<sup>32</sup> Art. 179 CP: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”.

<sup>33</sup> Art. 180 CP: “1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. 3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183. 4.ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. 5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas. 2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”.

inhibición psíquica. Lo decisivo es que la voluntad esté doblegada como consecuencia de la violencia o intimidación<sup>34</sup>. El tipo penal, castigado de uno a cinco años de prisión, se refiere a “atentar utilizando violencia o intimidación”, enfatizando la idea de que entre la violencia o intimidación y el ataque sexual debe existir una relación de medio a fin<sup>35</sup>.

En la práctica se plantean particularmente conflictivos los supuestos en que la víctima desiste de toda resistencia por considerar la agresión inevitable, siendo la intimidación de carácter implícito. Son situaciones en que, no habiéndose proferido una amenaza explícita, la víctima tiene razones para creer que puede sufrir un mal grave si no accede a mantener relaciones sexuales. Se trataría de “contextos intimidatorios difusos” o “intimidación ambiental”, aunque la jurisprudencia en muchas ocasiones se ha mostrado dubitativa a la hora de solucionar estos supuestos, decantándose por la calificación más favorable al reo (delito de abuso sexual con prevalimiento del art. 181.3 CP), cuando no se ha acreditado suficientemente la concurrencia de intimidación<sup>36</sup>.

En el art. 179 CP se tipifica la violación como un tipo autónomo de agresión sexual. Las conductas típicas consisten en la penetración vaginal, anal, o bucal o la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías y se castigan con la pena de prisión de seis a doce años.

En el art. 180 CP se regulan las denominadas agravaciones específicas aplicables tanto al tipo básico de agresión sexual como al de violación. Las contenidas en los números 3º y 4º también se aplican al delito de abuso sexual agravado (art. 181.5 CP). Si concurriese alguna de estas circunstancias se impondría la pena de cinco a diez años para el caso de agresión sexual del art. 178 CP y de doce a quince años para el caso de violación del art. 179 CP. El apartado segundo de este art. 180 CP prevé que, si concurriesen dos o más circunstancias agravantes, las penas previstas se impondrían en su mitad superior.

Estas circunstancias agravatorias son las siguientes:

---

<sup>34</sup> DÍAZ MORGADO, C.: “Delitos contra la libertad sexual”, en CORCOY BIDASOLO.M (Dir.) / VERA SÁNCHEZ, J.S (Coord.): *Manual de derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 253.

<sup>35</sup> Respecto a la violencia e intimidación, se estudiarán ambos elementos en profundidad y su importancia como criterios definitorios entre el delito de agresión sexual y el abuso sexual en el siguiente apartado del trabajo: 2.2. *Doctrina jurisprudencial sobre la violencia e intimidación como elementos diferenciadores*.

<sup>36</sup> Sobre este particular y la fina línea divisoria entre la intimidación ambiental y el abuso con prevalimiento, véase el apartado de este trabajo 2. La intimidación ambiental y su diferencia con el prevalimiento.

1º) El carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercidas (art. 180.1. 1º CP). El fundamento de esta agravación radica, no solo en la afectación de la libertad sexual de la víctima sino también de su dignidad como persona. Lo primero que debe aclararse es que el carácter degradante o vejatorio se refiere al medio violento o intimidatorio que configura la agresión sexual, no a la propia agresión sexual, que en sí misma tiene siempre carácter degradante y humillante para la víctima. Precisamente por eso, es difícil imaginar el contenido de esta agravación; será labor de la jurisprudencia dar contenido concreto a este “carácter particularmente degradante” de la violencia ejercida, que se presenta en principio como poco definido<sup>37</sup>. Según la jurisprudencia será necesario acreditar un plus de antijuridicidad que vaya más allá de la vejación o del menosprecio propio de estos delitos, exigiendo la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda agresión sexual<sup>38</sup>.

2º) Que la agresión sea realizada conjuntamente por dos o más personas (art. 180.1. 2º CP). Básicamente el fundamento radica en que la participación de varios sujetos activos facilita la ejecución del hecho al encontrarse la víctima en una situación de inferioridad, sin que sea necesario que todos los intervinientes lleven a cabo conductas con contenido sexual<sup>39</sup>.

3º) La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo que sea menor de 16 años (art. 180.1. 3º CP). El fundamento de esta agravación radica en la situación de inferioridad en que se encuentra la víctima, que favorece la ejecución del hecho, al encontrarse el sujeto pasivo con menores posibilidades de defenderse. Como digo, no se aplica en las agresiones a

---

<sup>37</sup> GOENAGA OLAIZOLA, R.: “Delitos contra la libertad sexual”, en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm.10, 1997, pág. 95-120.

<sup>38</sup> Véase en este sentido la STS, Sala de lo Penal, núm. 812/2003, de 3/8/2003 (RJ 2003\4290), que establece que “lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el «modus operandi» del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima”.

<sup>39</sup> Resulta significativa la STS, Sala de lo Penal, núm. 383/2012, de 25/6/2012, (RJ 2012\6558), cuando establece que la cualificación se fundamenta en las siguientes razones: “En primer lugar, en la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros. En segundo lugar, se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima. En tercer lugar, existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por contra mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva. En cuanto lugar, existen mayores dificultades para defenderse o intentar la huida”.

menores de 16 años pues ya existe el tipo autónomo del art. 183 CP. Cabe decir que esta circunstancia de agravación no puede apreciarse en los supuestos en que la desproporción de edades entre agresor y víctima ya se ha tomado en consideración para fundamentar la intimidación exigida en el tipo básico, pues de lo contrario se vulneraría el principio *non bis in idem*<sup>40</sup>.

4º) Prevalerse de relación de superioridad o parentesco (art. 180.1. 4º CP). Esta agravación trae causa de la menor capacidad de la víctima para oponer resistencia. De existir una relación de parentesco, adicionalmente se tiene en cuenta el previsible daño psíquico que puede ocasionar en ella este vínculo. El prevalimiento implica la existencia de un notorio desnivel entre autor y víctima que restringe de forma relevante la voluntad de la víctima para consentir libremente. Ello debe ser aprovechado por quien ostenta esta situación de superioridad (laboral, docente, familiar, económico o de otra naturaleza) siendo conocedor de que la víctima tiene coartada su libertad de decisión en relación con la actividad sexual<sup>41</sup>.

5º) Hacer uso de armas u otros medios igualmente peligrosos (art. 180.1. 5º CP). Ello supone una mayor peligrosidad objetiva para la indemnidad de determinados bienes jurídicos de la víctima como la vida, la salud o la integridad física. Ha de tomarse en consideración, no solo la peligrosidad que comporta el instrumento en sí mismo, sino el uso que el sujeto hace del mismo<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Resulta ilustrativa la STS, Sala de lo Penal, núm. 1113/2009, de 10/11/2009, (RJ 2010\997), cuando ante una agresión sexual con acceso carnal cometida por un joven de 18 años contra una mujer de 69 años, denegó la aplicación del subtipo agravado del art. 180.1.3º CP, en base a lo siguiente: “En el caso enjuiciado, es evidente que tal desproporción de edades, sirvió para conseguir tal forzamiento, ya que como resulta del *factum* no se utilizaron instrumentos agresivos de intimidación, y no podría ser nuevamente valorada para la aplicación de tal cualificación. Siendo así, no ha lugar a aplicar este subtipo agravado, por el simple hecho de tal edad, salvo que fuera tan avanzada que pudiera deducirse el desvalimiento físico que el legislador dispuso para tal agravación”.

<sup>41</sup> Son muchas las sentencias que han definido esta agravante de prevalimiento, entre otras, la STS, Sala de lo Penal, núm. 630/2016, de 14/6/2016, (RJ 2016\3765) : “El prevalimiento se configura como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en la que una de ellas se encuentra en manifiesta posición de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta derivada de su relación laboral, docente, familiar, cuasi familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su capacidad de decidir sobre la relación sexual requerida. Para el diccionario, prevalerse es valerse o servirse de una calidad que confiere una posición de privilegio o depara alguna ventaja”.

<sup>42</sup> Así lo ha establecido la STS, Sala de lo Penal, núm. 1353/2005, de 16/11/2005, (RJ 2006\118), que especifica que “lo determinante no es solamente el “instrumento”, sino el “uso” que el sujeto activo haga del mismo, de tal manera que la mera exhibición del instrumento no es suficiente para integrar el subtipo agravado, cuando no se aprecie un peligro especialmente relevante y constituya el único elemento que

En último lugar, el art. 180.2º CP prevé un tipo hiperagravado de agresión sexual para cuando se den dos o más circunstancias agravantes, en cuyo caso la pena se impondrá en su mitad superior.

#### 2.1.2. El delito de abuso sexual

Habiendo analizado las agresiones sexuales, pasaremos a estudiar los abusos sexuales, que se regulan en el Capítulo II.

El delito de abuso sexual del tipo básico (art. 181 CP) se configura como un atentado contra la libertad o indemnidad sexual en el que no concurre violencia ni intimidación, ni un consentimiento válido prestado por la víctima. El supuesto típico serían los llamados tocamientos sorpresivos o fugaces, pues se trata de unos contactos corporales en los que el sujeto pasivo no tiene oportunidad de expresar su consentimiento o negativa<sup>43</sup>. En estos casos la pena prevista es de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

En el art. 181.2 CP se regulan aquellos supuestos en los que se entiende *ex lege* que el consentimiento prestado no es válido, aunque formalmente la víctima mostrara su conformidad con la relación sexual. Estos supuestos legalmente previstos son:

a) Los que se ejecutan sobre personas que se hallan privadas de sentido. Se refiere a los casos en que el sujeto pasivo no está en condiciones de consentir por falta de consciencia, ya sea por encontrarse durmiendo o por estar en estado de coma o bajo la hipnosis

b) Los que se ejecutan sobre persona de cuyo trastorno mental se abusare. El elemento determinante no es tanto la patología que presenta el sujeto pasivo, sino la capacidad que tiene para comprender la naturaleza del acto cuya realización consiente. Resultaría de aplicación en los casos en que la víctima padece una enfermedad mental en sentido estricto y aquellas en que la deficiencia psíquica permite deducir razonablemente que no puede prestar un consentimiento consciente y libre a lo propuesto.

c) Los que se cometen anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de

---

integra la intimidación".

<sup>43</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 1583/2002, de 3/10/2002, (RJ 2002\9356): "Unos tocamientos sorpresivos y fugaces como los descritos en el *factum*, sin consentimiento de la víctima, constituyen indudablemente abuso sexual punible pero no integran el desvalor de la intimidación, sin incurrir en una interpretación extensiva de ésta".



fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Esta modalidad de abuso fue introducida, como se ha apuntado con anterioridad en este trabajo, por reforma operada por la LO 5/2010, con la intención de responder a los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales vinculados a la previa ingesta de drogas, en especial, las denominadas sintéticas o de diseño, lo que se viene conociendo como “sumisión química”. Su aplicación exige una relación de medio a fin entre el suministro de la sustancia en cuestión y la anulación de la voluntad de la víctima.

Un supuesto autónomo y específico de consentimiento viciado son los casos de abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 CP). Esta modalidad, castigada con la misma pena que las anteriores, resulta de aplicación en los casos en que el sujeto activo se aprovecha dolosamente de una situación de superioridad con respecto a la víctima. Dicha superioridad ha de ser notoria y eficaz, esto es, objetivamente apreciable y no sólo subjetivamente percibida por una de las partes, así como suficiente para coartar la libertad de la víctima en el caso concreto<sup>44</sup>.

El legislador ha establecido en el art. 181.4 CP un subtipo agravado de abuso sexual, cuando éste consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, imponiéndose una pena de cuatro a diez años.

Por último, en cuanto al art. 181.5 CP, establece que se impondrá la pena que corresponda al tipo básico de abuso sexual o agravado en su mitad superior, en los supuestos en que la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación (art. 180.1.3º CP), o cuando el delito se haya cometido prevaleándose el sujeto activo de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima (art. 180.1.4º CP).

En suma, podemos decir que el elemento diferenciador entre agresiones y abusos sexuales es el empleo o la ausencia de violencia o intimidación, pues mientras que en el abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado por las causas tasadas en la ley, en la agresión sexual la víctima no consiente libremente porque su voluntad queda

---

<sup>44</sup> Como se ha apuntado anteriormente, es muy fina la línea divisoria entre el prevalimiento y la “intimidación ambiental”, por lo que se dedicará un apartado completo al estudio de esta difícil diferenciación (2. La intimidación ambiental y su diferencia con el prevalimiento).

doblegada a causa de la violencia o intimidación ejercida por el agresor<sup>45</sup>. El hecho de calificar un determinado comportamiento como agresión o, por el contrario, como abuso sexual, no solo tiene un diferente contenido comunicativo o carga simbólica, sino que, como hemos podido comprobar, además lleva consigo la aplicación de dos regímenes penológicos muy distintos.

## *2.2. Doctrina jurisprudencial sobre la violencia e intimidación como elementos diferenciadores*

Antes de comenzar a explicar lo que ha entendido la jurisprudencia por “violencia” e “intimidación” a efectos de tipificar estos delitos, cabe decir que es decisiva la vinculación causal entre la violencia o intimidación ejercidas y el contacto sexual alcanzado, al que no habría accedido la víctima de no mediar aquellas<sup>46</sup>.

Respecto a la violencia, la jurisprudencia asimila la violencia típica de este delito a la agresión física mediante el empleo de la fuerza. La jurisprudencia de la Sala Segunda del TS viene considerando que la violencia tiene que estar orientada a conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual y debe ser idónea y adecuada para impedir que la víctima se desenvuelva según su libre determinación. No es necesario que la violencia sea irresistible, pues no se puede exigir a la víctima que se enfrente a su agresor y oponga resistencia, porque con ello estaría poniendo en riesgo su integridad física y su vida<sup>47</sup>. Por lo tanto, lo que se requiere es el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la víctima que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, implica una agresión más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual.

En lo que respecta a la intimidación, ha sido definida por la jurisprudencia como constreñimiento psicológico, consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción

---

<sup>45</sup> Véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 216/2019, de 24/4/2019, (RJ 2019\1381).

<sup>46</sup> En este sentido declara la STS, Sala de lo Penal, núm. 39/2009, de 29/1/2009, (RJ 2009\819), que: “ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad”.

<sup>47</sup> Véase en este sentido la STS, Sala de lo Penal, núm. 380/2004, de 19/3/2004, (RJ 2004\3413).

sexual. Por tanto, la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato<sup>48</sup>, bastando que sea grave, futuro y verosímil<sup>49</sup>. Tampoco se exige, como hemos apuntado con la violencia, que sea una intimidación de tal grado que resulte en todo caso irresistible para la víctima, sino que es suficiente que, dadas las circunstancias concurrentes, resulte bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia<sup>50</sup>. De modo que hemos de apreciar intimidación cuando la víctima, sometida a un acto sexual, llega a la conclusión de que es inútil oponerse a su agresor porque ello podría acarrear consecuencias mucho más graves, con lo que accede forzosamente a los deseos de éste.

Como podemos comprobar, la jurisprudencia expuesta destaca la necesidad de atender a las circunstancias del caso, fundamentalmente a las subjetivas de la persona que sufre la intimidación<sup>51</sup>. Por lo tanto, lo relevante es la forma en la que la víctima experimenta y sufre la intimidación, por lo que habrá que prestar especial atención a sus condiciones personales.

Respecto al alcance o magnitud que han de tener tanto la violencia como intimidación para apreciar su concurrencia, la jurisprudencia ha declarado que no es admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 914/2008, de 22/12/2008, (RJ 2009\1376).

<sup>49</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 355/2015, de 28/5/2015, (RJ 2015\2491).

<sup>50</sup> STS Sala de lo Penal, núm. 578/2004, 26/4/2004, (RJ 2004\3240): "la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación".

<sup>51</sup> Un claro ejemplo de dicha necesidad lo encontramos en la STS, Sala de lo Penal, núm. 1396/1999, de 1/10/1999, (RJ 1999\7597) cuando afirma que "por intimidación debe entenderse el anuncio o conminación de un mal, grave, personal y posible que despierte en el intimidado un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la posibilidad de un mal real o imaginario que le haga doblegar su voluntad ante lo que se le impone --STS de 22 de Mayo de 1992--", ciertamente la intimidación, sin desconocer que los hechos mismos tiene que contener un mínimo coeficiente de idoneidad y significación para suscitar el temor en el ánimo del conminado, resulta más relevante el aspecto subjetivo de la misma en la medida que tiene que ser suficiente atendiendo primordialmente las concretas circunstancias de cada caso y muy singularmente las condiciones y situación en que se encuentre la persona intimidada --SSTS de 2 de Junio y 9 de Octubre de 1992--. En definitiva, la intimidación tiene como presupuesto un mínimo de entidad objetiva, pero en definitiva lo relevante en última instancia en la forma en que la misma ha sido vivenciada por la víctima, por lo que las condiciones de esta y del entorno en que se producen, vienen a ser determinantes".

<sup>52</sup> Como recuerda la ya citada STS 355/2015 de 28 de mayo, que cita a su vez la 609/2013 de 10 de julio: "la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de

Por lo tanto, no se debe atribuir a la resistencia la cualidad de elemento típico del delito de agresión sexual, pues de lo contrario se estaría favoreciendo que los tribunales estimasen que si no hay resistencia es que el sujeto pasivo consintió. Se confunde, pues la tipicidad y la prueba de los hechos. La resistencia será un indicio probatorio más de la falta de consentimiento, lo cual, sin embargo, puede probarse de modos distintos al de ofrecer resistencia<sup>53</sup>.

#### **IV. UN PUNTO DE INFLEXIÓN: A RAÍZ DEL CASO DE LA MANADA**

##### **1. Hechos y valoración judicial**

El lema de las múltiples manifestaciones feministas que surgieron a raíz de lo que pronto se denominó el caso de “La Manada” y muchos de los titulares que encabezaban periódicos y telediaros para hacerse eco de la noticia fue “no es abuso, es agresión”, y eso es lo que precisamente trataron de clarificar y calificar las tres resoluciones judiciales, en primera instancia, en apelación y en casación, que juzgaron estos hechos.

En este punto, trataremos de resumir qué se declararon hechos probados de aquel suceso de la madrugada del 6 al 7 de julio de 2016 y cuál fue el criterio de los tres tribunales que juzgaron este caso para condenar a los acusados, inicialmente como un delito de abuso sexual con prevalimiento y finalmente como un delito de agresión sexual por haber concurrido “intimidación ambiental”.

En primer lugar, se dictó la SAP de Navarra, de 20 de marzo de 2018<sup>54</sup>, que condenaba a los acusados como responsables de cinco delitos continuados de abusos sexuales y un delito leve de hurto. En ella se declararon hechos probados los que ahora venimos a resumir:

La noche del 6 al 7 de julio de 2016, entre las 2:00 y las 3:00 de la madrugada, se encontraba la víctima en las inmediaciones de la Plaza del Castillo de Pamplona donde coincidió con los cinco

---

la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. De tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013)”.

<sup>53</sup> CUERDA ARNAU, M.L.: “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 114.

<sup>54</sup> SAP de Navarra, Sección 2<sup>a</sup>, núm. 38/2018, de 20/3/2018, (ARP 2018\149).

acusados, quienes se ofrecieron a acompañarle al coche donde iba a descansar. En el transcurso del camino, uno de los acusados accedió a la recepción de un hotel preguntando por una habitación por horas “para follar”, a lo que obtuvo una respuesta negativa del responsable del establecimiento, sin que la víctima escuchase esa parte de la conversación. Seguidamente, todos continuaron el trayecto hasta que uno de los acusados accedió a un portal, simulando que era vecino del inmueble, mientras la víctima y otro de los acusados estaban fuera besándose. En ese momento, el acusado que se había besado con la víctima, que la tenía cogida de una mano y otro acusado cogiéndole de la otra mano, tiraron de ella apremiándola a entrar en el portal, “quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia”. Una vez dentro del portal, los acusados le dijeron “calla” y le hicieron el gesto de llevarse la mano abierta a la boca. La víctima fue dirigida por los acusados a un habitáculo de forma irregular y de tamaño muy reducido (3m<sup>2</sup>), donde le rodearon.

Detalla la sentencia que “Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga. La denunciante, sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.” Así las cosas, los procesados, aprovechando la situación de temor de la joven que se encontraba sin escapatoria en ese cubículo al que la habían conducido, la penetraron bucal, vaginal y analmente, sin preservativo y grabándolo con su teléfono móvil en vídeo.

Cabe poner en duda el modo en que la Sala valoró el contenido de las grabaciones de vídeo. La sentencia a pesar de afirmar que las imágenes grabadas de los vídeos “nos presentan una visión sesgada, parcial y fragmentaria del modo en que se desarrollaron los hechos en el interior del habitáculo, tomadas a conveniencia de los procesados”, no le concede la importancia que merece el hecho que dichas imágenes sean “interrumpidas abruptamente –videos seis y siete– cuando la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando”, imágenes que “evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados”. El hecho de que en ese momento se decidiera cortar definitivamente la toma de videos, la Sala lo entiende como “la fase final del desarrollo de los hechos en el interior del habitáculo”, lo que es ampliamente discutible, pues efectivamente en ese momento

del vídeo la víctima estaba gritando, se escucha un gemido agudo que refleja dolor y los autores interrumpen la grabación interesadamente, lo que no quiere decir que en ese instante cesaran con su conducta. En cualquier caso, esas imágenes debieran haberse valorado como el rechazo de la víctima a los actos sexuales y claramente intimidatorios a los que estaba siendo brutalmente sometida, pues es el fiel reflejo de que no hubo consentimiento y sí intimidación.

Pues bien, mientras que el Ministerio Fiscal, la acusación particular y las acusaciones populares habían calificado la actuación de los acusados como constitutiva de cinco delitos continuados de agresión sexual de los arts. 178, 179 y 180.1. 1ª CP, el Tribunal los condenó como autores responsables de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el art. 181.3 y 4 CP.

La sentencia, en su FJ4º, razona su decisión en que las relaciones se mantuvieron en un contexto de abuso de superioridad que ejercieron deliberadamente los cinco acusados sobre la joven, lo que hizo que esta no pudiera prestar su consentimiento libremente<sup>55</sup>. Lo que viene a decir el Tribunal es que para apreciar ese prevalimiento consideraron una serie de extremos, como son el escenario de opresión que crearon los acusados, la diferencia de edad y de características físicas entre la víctima y los cinco acusados, así como la clara descompensación de madurez y de experiencia sexual entre la denunciante y estos. En definitiva, lo que el Tribunal determina es que se los acusados crearon una “atmosfera coactiva” en la que la víctima se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, dado el lugar en que la encerraron, con una sola salida, rodeada por cinco varones de edades muy superiores y de fuerte complexión.

Como decíamos, la AP de Navarra condenó a cada uno de los cinco acusados a nueve años de prisión como autores del delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, absolviéndoles del delito continuado de agresión sexual por el que habían

---

<sup>55</sup> SAP de Navarra, Sección 2ª, núm. 38/2018, de 20/3/2018, (ARP 2018\149): “En concreto y adentrándonos con detalle en la valoración de las circunstancias que conforman esta situación, ponemos de relieve, el modo en que la denunciante entró en el portal de modo súbito y repentino, sin violencia; la forma en que le enderezaron hasta el habitáculo donde se desarrollaron los hechos, un lugar recóndito, angosto, estrecho, con una única salida coincidente con la zona por donde se realiza la entrada, y en el que le prepararon una encerrona, colocándola en ese lugar y rodeándole. Tenemos por tanto una primera y fundamental base en la que apoyar nuestro juicio de valor, no meramente descriptivo, para afirmar que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada”.

calificado el Ministerio Fiscal, la acusación particular y las acusaciones populares.

Esta sentencia contiene un característico voto particular de mayor extensión que la propia resolución y que discrepa de la misma tanto en el relato de hechos que se consideran probados, como en la valoración de la prueba y en la condena a los cinco acusados por el delito del art. 181.3º y 4º CP. Así, el magistrado que firma el voto particular, que se aparta de la decisión mayoritaria y determina que no aprecia en los hechos ningún comportamiento constitutivo de delito sexual, falla absolviendo a los cinco acusados de los delitos que se les imputan y condenando a uno de los acusados por la sustracción del móvil de la chica como autor de un delito leve de hurto.

Coincido plenamente con FARALDO CABANA Y ALCALÉ SÁNCHEZ cuando afirman que no puede compartirse con la sentencia que no exista violencia o intimidación en la realización de los hechos desde un principio, por lo que su calificación jurídica debió entrar en la esfera del delito de violación del art. 179 CP<sup>56</sup>. No se trata simplemente de una situación de desequilibrio que genera una situación de superioridad que coarta la libertad de la joven: ella no consiente los múltiples contactos sexuales con los cinco hombres en virtud de una reducida libertad como consecuencia de su situación de inferioridad; no se le anuncia de forma expresa un mal, ciertamente, pero la situación, aprovechada por los autores del atentado sexual, sí anuncia un mal<sup>57</sup>. No es razonable entender que no concurrió intimidación cuando la situación en la que los acusados colocaron a la víctima era, de suyo, coactiva y, como establecen los hechos probados, conocida y aprovechada por los procesados; la colocaron —según afirma la propia sentencia— en una situación de bloqueo psicológico que le impidió reaccionar. En definitiva, los agresores crearon deliberadamente un contexto objetivamente capaz en el caso concreto de amedrentar al sujeto pasivo, cuyo único pensamiento era, como dijo la denunciante, “que todo aquello acabase”<sup>58</sup>. Es un absoluto despropósito, especialmente

---

<sup>56</sup>FARALDO CABANA, P./ ALCALÉ SÁNCHEZ, M.: “Presentación”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 20.

<sup>57</sup> FARALDO CABANA, P./ RAMÓN RIBAS, E.: “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 261.

<sup>58</sup> CUERDA ARNAU, M.L.: “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 118, 119.

desde una perspectiva de género, pero no solo desde ella, afirmar que hubo consentimiento, siquiera viciado<sup>59</sup>, pues la víctima vio totalmente anulada su libertad, no tenía posibilidad de elegir y la única alternativa que le quedaba era sufrir igualmente el atentado sexual oponiendo resistencia, lo que le conllevaría unas consecuencias mucho peores.

En definitiva, había elementos suficientes en los hechos probados de la sentencia para calificarlos de violación. Al no hacerlo así, la Sala incurre en una contradicción entre el relato de los hechos probados, donde queda acreditada la intimidación que exige el CP para condenar por agresión sexual, y la condena final por abuso sexual. La descripción de los hechos que realizan los magistrados no se corresponde, en definitiva, con la consecuencia jurídica que extraen<sup>60</sup>.

Es por ello que, frente a la sentencia, se interpusieron recursos de apelación tanto por parte de las acusaciones como de las defensas. De dichos recursos conoció la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra, que dictó sentencia de 30 de noviembre de 2018<sup>61</sup> confirmando la dictada por la AP de Navarra y, por tanto, sosteniendo la pena de nueve años de prisión por abuso sexual. En esta sentencia del TSJ de Navarra también se dictó un voto particular discrepante con la mayoría por entender que los acusados debían ser condenados, no por un delito de abuso sexual con prevalimiento, sino de agresión sexual previsto y penado en los arts. 178 y 179 CP, concurriendo las circunstancias agravantes del art.180.1. 1º y 2º CP, tal y como solicitaban las acusaciones. De este modo, se les imponía la pena de prisión, no de nueve años, sino de catorce años, tres meses y un día.

Todas las partes del proceso, esto es, el Ministerio Fiscal, las acusaciones populares, la acusación particular y la representación de los condenados interpusieron recurso de casación del que conoció la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

---

<sup>59</sup> FARALDO CABANA, P./ RAMÓN RIBAS. E.: “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 266.

<sup>60</sup> VICENTE MARTINEZ, R.: “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 190.

<sup>61</sup> STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 8/2018, de 30/11/2018, (ARP 2019\933).



Finalmente, la STS de 4 de julio de 2019<sup>62</sup> condenó a los cinco acusados como autores responsables de un delito continuado de violación de los arts. 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª CP, a las penas de 15 años de prisión a cada uno de ellos y demás penas accesorias. El cambio de calificación se debe a que el alto tribunal apreció que no era una situación de superioridad lo que se había generado, sino que lo que concurrió fue un fuerte componente intimidatorio que hizo que la víctima, doblegada por el miedo, adoptara una actitud de sometimiento.

El hecho de dirimir si en la conducta de los acusados concurrió prevalimiento, como había considerado la AP de Navarra y el TSJ de Navarra, o intimidación, como finalmente estimó el TS no es una cuestión fácil. Por ello, la nueva línea jurisprudencial marcada por la sentencia del alto tribunal y la consideración de la intimidación ambiental justifica que sea necesario su análisis en profundidad y su distinción con el prevalimiento, lo que se dedicará el apartado siguiente.

## **2. La intimidación ambiental y su diferencia con el prevalimiento**

Entre la agresión sexual con intimidación y el abuso sexual con prevalimiento existen ligeras diferencias de matiz, pero importantes diferencias penológicas, según se califiquen unos hechos de acuerdo con una figura delictiva o con otra. La dificultad para discernir entre ambos supuestos ha sido incluso admitida por la jurisprudencia, que ha sostenido que “la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada”<sup>63</sup>. Por lo tanto, la principal cuestión que trataremos de resolver en este punto es cuándo el prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima deja de serlo para representar una intimidación. Aquí es donde adquiere especial importancia la intimidación ambiental, pues a diferencia de la intimidación propiamente dicha, no tiene lugar el anuncio de mal alguno, pero se crea un clima coercitivo que impide a la víctima ejercer libremente su libertad sexual.

La intimidación ambiental ha sido definida en numerosas sentencias<sup>64</sup>, entre las

---

<sup>62</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 344/2019, de 4/7/2019, (RJ 2019\3382).

<sup>63</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 769/2015, de 15/12/2015, (RJ 2015\5419).

<sup>64</sup> Véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 1192/1997, de 3/10/1997, (RJ 1997\7001), donde la intimidación

que cabe destacar la STS 1291/2005 de 8 de noviembre<sup>65</sup>, cuando determina que en las agresiones sexuales múltiples o en grupo se da un cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima, por la presencia de varias personas que actúan en connivencia con quien realiza el acto sexual o que simplemente contemplan a quien consuma materialmente la violación, “ya que la existencia de un grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”.

Por su parte, el prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad en el plano moral que ejerce una persona que, en su propio beneficio, utiliza una condición o cualidad para cohibir la resistencia de la víctima<sup>66</sup>. Por lo tanto, lo que determina el prevalimiento es el claro desnivel entre las posiciones de las partes, pues una de ellas se encuentra en una situación de superioridad (laboral, docente, familiar, económica o de edad) que aprovecha deliberadamente, mientras que la otra parte se encuentra en una clara situación de inferioridad que limita notablemente su capacidad libre de decidir, lo que hace que su consentimiento esté viciado.

La principal diferencia entre ambas figuras es que la intimidación es una forma de coerción sobre la voluntad de la víctima que anula o disminuye radicalmente su capacidad de decidir. Sin embargo, en el prevalimiento también hay una situación que coarta la libertad de decisión de la víctima, pero es una especie de intimidación de menor nivel, pues no impide absolutamente tal libertad, sino que la disminuye considerablemente<sup>67</sup>. Por lo tanto, en la intimidación no hay consentimiento de la víctima porque el miedo que le provoca la fuerza física o moral ejercida por el agresor anula su voluntad,

---

ambiental es considerada como “aquella forma de amedrentamiento que (...) se produce por el hecho de que los demás acompañantes están presentes cuando cada uno de los agresores consuma materialmente las diversas violaciones. La presencia de los coparticipes reforzaba la situación de desamparo de la víctima, facilitando cada acto causal, haciendo nulo o ilusorio cualquier futuro mecanismo de defensa, por parte de aquella, que bien hubiera podido activarse de no concurrir los agresores en grupo”.

Véase la ya citada STS, Sala de lo Penal, núm. 1169/2004, de 18/10/2004, (RJ 2005\781), que analiza la intimidación ambiental: “Es conveniente, para sentar mejor las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo. Es importante hacer una referencia a la edad y constitución física del agresor y la víctima, las circunstancias del lugar y tiempo y los demás elementos que deban ser valorados por el órgano juzgador”.

Véase la STS 226/2003, de 19 de febrero: “También tiene relevancia la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión. En este caso, la sentencia nos proporciona algún dato sobre este extremo, al relatar que, todo transcurre en el interior de un solitario cuarto de limpieza en el que penetra el acusado, detrás de la víctima, cerrando la puerta tras sí, lo que nos sitúa inicialmente y sin más aditamentos ante un cuadro intimidativo, originado por la dificultad de huir o de ser auxiliada por otras personas”.

<sup>65</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 1291/2005, de 8/11/2005, (RJ 2006\398).

<sup>66</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 166/2019, de 28/3/2019, (RJ 2019\1795).

<sup>67</sup> STS Sala de lo Penal, núm. 305/2013, de 12/4/2013, (RJ 2013\3187).

mientras que en el prevalimiento existe la voluntad de la víctima (aunque considerablemente reducida) que acepta acceder a la relación sexual, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada, sino fruto de una relación de superioridad que opera a modo de coacción psicológica.

Coincido plenamente con la consideración de JERICÓ OJER, que entiende que aquellas situaciones en las que se anule la libertad de la víctima (atendiendo al carácter objetivo de la amenaza pero también las circunstancias subjetivas de la víctima) vendrán dadas por la presencia de una intimidación (que generalmente al anular la voluntad de la víctima será de cierta entidad, constitutiva de un delito de agresión sexual), y por el contrario, cuando se produzca un constreñimiento o una reducción de esa libertad estaremos ante un prevalimiento constitutivo de un delito de abuso sexual<sup>68</sup>.

En el caso de “La Manada”, el TS<sup>69</sup> entendió que hubo un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de Instancia, pues no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, ya que se había creado una intimidación que generaba una coerción de la voluntad de la víctima, quien quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa de su libertad sexual. La Sala estimó que, “aun prescindiendo de la pluralidad de intervinientes”, hubo un “fuerte componente intimidatorio” derivado de que la víctima era joven, pues tan solo tenía 18 años de edad y se encontraba embriagada, fue introducida en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, donde se encontró rodeada por los cinco acusados, quienes tenían edades muy superiores a ella y eran de fuerte complexión. En consecuencia, la intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, no de consentimiento. Por lo tanto, determina como acreditada la intimidación, no invencible, pero sí eficaz que hace que los hechos deban ser calificados como delito de los arts. 178 y 179 CP.

La única pero relevante objeción que debo hacer a esta argumentación del TS es que afirme que prescinde de la pluralidad de intervinientes para conformar el contexto intimidatorio ambiental, cuando ello es justamente de lo que no se puede prescindir, pues la pluralidad de intervinientes fue clave tanto para introducir a la víctima en el lugar de los hechos como para la consecución del acto sexual.

---

<sup>68</sup> JERICÓ OJER, L.: “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal”, en MONGE FERNÁNDEZ (Dir.) / PARRILLA VERGARA (Coord.): *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, 2019, pág. 312.

<sup>69</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 344/2019, de 4/7/2019, (RJ 2019\3382).

En definitiva y obviando esta observación, la STS 344/2019, de 4 de julio<sup>70</sup> supuso un hito en la valoración de los delitos sexuales, dada su enorme repercusión mediática y su justa apreciación de la intimidación ambiental, lo que permitió condenar a los acusados por un delito de agresión sexual, en contra de lo considerado por los tribunales navarros, que estimaron que se había producido no una violación, sino un abuso sexual. Pocos meses después de su publicación, se volvió a apreciar la concurrencia de intimidación ambiental por la AP de Burgos, en el también polémico “caso Arandina”, dadas las circunstancias en que se produjo el acto sexual, pues la víctima, que se encontraba en un domicilio ajeno, era menor de edad, mientras que los agresores eran tres, de complexión física fuerte y de mayor edad que ella<sup>71</sup>. Sin embargo, el “caso Arandina” resultó peculiarmente inverso a lo que sucedió con “La Manada”. Como digo, la AP de Burgos apreció que existió intimidación ambiental y por ello condenó a los tres acusados por el delito de agresión sexual a 38 años de prisión. No obstante, el TSJ de Castilla y León consideró que no se trataba de un delito de agresión sexual sino de abuso sexual, por lo que revocó el fallo de la SAP de Burgos y condenó a una pena menor (tres y cuatro años de prisión), además de absolver a uno de los acusados<sup>72</sup>. La calificación como delito de abuso sexual vino motivada por el hecho de que el TSJ de Castilla y León consideró que la declaración de la menor goza de credibilidad en cuanto a la realidad de los hechos ocurridos, pero carece de ella en cuanto a la forma en que se produjeron. La sentencia considera que la víctima incurrió en contradicciones en su versión sobre la existencia de intimidación, pues lo relatado por ella no pudo acreditarse con datos periféricos y fue endeble<sup>73</sup>. Frente a esta sentencia se ha presentado recurso de casación ante el TS, con el fin de que se restablezca la sentencia en los propios términos que en su momento estableció la AP.

---

<sup>70</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 344/2019, de 4/7/2019, (RJ 2019\3382).

<sup>71</sup> SAP de Burgos, Sección 1ª, núm. 379/2019, de 11/12/2019, (JUR 2019\338357): “Entendemos que el hecho de que la menor se encontrase en un domicilio ajeno, con la luz apagada y rodeada por tres varones de superior complexión, y edad, los cuales se habían desnudado, y quitándole a ella también la ropa, salvo la braga, cogiéndole de las manos y la cabeza, dirigiéndola hacia sus penes para que les masturbarse y les realizase sucesivamente felaciones, constituye una situación de intimidación ambiental, y por ello resulta creíble que la menor, por su falta de madurez, y sorpresa no supiese reaccionar, quedándose bloqueada, y paralizada, temiendo que si se negaba los tres acusados pudieran reaccionar en forma violenta”.

<sup>72</sup> STSJ de Castilla y León, Sección 1ª, núm. 14/2020, de 18/3/2020, (ARP 2020\662).

<sup>73</sup> Entiende el TSJ de Castilla y León que: “Únicamente así podría explicarse la contradicción entre esta versión inicial con la que va elaborando al recapacitar en cómo iba a ser valorada su actuación en su entorno familiar, pasando a ofrecer otra en la que, sin negar los hechos, cambia radicalmente la forma en que ocurrieron, versión que se retroalimenta con la preocupación que despierta en sus padres y el resto de su familia y que desemboca en la que va a mantener a partir de la denuncia presentada por su padre, pasadas dos semanas, previa consulta con un abogado”.

### 3. Reacción social y su importancia para la consideración de una reforma de los delitos

Desde el día en que se hizo pública la SAP de Navarra, que condenaba a los cinco acusados por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento a nueve años de prisión, se generó el mayor debate jurídico y social de la historia judicial española<sup>74</sup>. Dicha sentencia, cuya revelación tuvo lugar en el marco de la protesta social feminista en España y del movimiento *Me Too* en el resto de los países, propició múltiples movilizaciones en favor de la joven agredida bajo lemas como “yo sí te creo” o “no es abuso, es violación”, e incluso dio lugar a que distintos responsables políticos de todo el espectro ideológico cuestionaran el contenido de tal resolución.

En mi opinión, dado el estado de descontento generalizado de la sociedad con la justicia y el amplio rechazo a los cada vez más habituales casos de violencia de género y violencia sexual, el juicio de “La Manada” no era un juicio a cinco personas acusadas de agresión sexual, sino que era un juicio a la violencia sexual machista y al patriarcado. La sociedad esperábamos una condena ejemplar y encontramos una sentencia injusta y un voto particular con un claro déficit cultural en materia de género.

Buena parte de las críticas se centraron en la subsunción de los hechos en la figura jurídica del abuso sexual frente a la de agresión, pero no por las consecuencias penológicas que de ello derivaban, sino más bien por una simple pero trascendente cuestión de lenguaje. La sociedad no lograba comprender que se denominara lo acaecido como “solo abuso sexual” y no como “violación”<sup>75</sup>, con lo que se hace evidentísima de este modo la fractura entre el concepto social y jurídico de violación<sup>76</sup>. No se puede olvidar la enorme carga simbólica que transmite la terminología, principalmente para la víctima, ya que no es lo mismo ser considerada agredida que abusada<sup>77</sup>. Se trataba de una cuestión terminológica pero que caló en la sociedad de tal manera que se pidió la reforma del CP para ampliar el concepto de violación a todos los atentados contra la libertad

---

<sup>74</sup> El propio TS, en su STS, Sala de lo Penal, núm. 459/2019, de 14/10/2019, (RJ 2019\3900), se refiere a este caso como “un supuesto de hecho que determinó un extraordinario debate político, social y mediático”.

<sup>75</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.L.: “Las huellas de La Manada”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, pág. 16-21.

<sup>76</sup> JERICÓ OJER, L.: “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal”, en MONGE FERNÁNDEZ (Dir.) / PARRILLA VERGARA (Coord.): *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, 2019, pág. 330.

<sup>77</sup> JERICÓ OJER, L.: “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en *Jueces y Juezas para la Democracia*, núm. 11, 2020, pág.18.

sexual.

La polémica trascendió del nivel interno, y el 2 de mayo de 2018, la coordinadora ejecutiva de ONU Mujeres, Purna Sern, calificó de "leve" la condena y lamentó que "subestimara la gravedad del fenómeno de las violaciones". En la misma fecha, tras un debate exprés de 35 minutos de duración en el Parlamento Europeo, se solicitaron cambios en los Códigos Penales de los Estados de la Unión para que recogieran "una definición más precisa de violación". El mismo día, la Comisaria de Justicia, Vera Jourova, en declaraciones públicas, pidió que el recurso contra la sentencia se resolviera "con rapidez y eficacia"<sup>78</sup>.

Dicho recurso fue resuelto por el TSJ de Navarra, cuya sentencia de apelación confirmaba el delito de abuso sexual y la condena de nueve años de prisión. En casación, la STS que finalmente condenó a los cinco acusados como autores de un delito continuado de violación con la agravante de trato vejatorio a la pena de quince años de prisión, supuso un antes y un después en el tratamiento de los delitos sexuales.

Se había hecho patente la necesidad de reformar el CP con el fin de evitar que se volvieran a cometer injusticias que se tildaron de intolerables. Estas pretensiones se materializaron en el "Acuerdo de Presupuestos Generales del Estado 2019: presupuestos para un Estado Social" se incluyó un apartado específico bajo el epígrafe "una sociedad más feminista", en el que se hacía referencia a la voluntad de impulsar una ley integral por la protección de la libertad sexual y contra las violencias sexuales, que garantice, entre otras muchas cosas, la unificación y ordenación de las conductas constitutivas de agresiones sexuales y de abusos sexuales bajo la denominación común de "agresiones sexuales". Igualmente, el acuerdo propone llevar a cabo "una necesaria reforma del CP con el objetivo de garantizar que, si una mujer no dice que sí explícitamente, todo lo demás es no", de forma que "la falta de consentimiento expreso de la víctima se convierte en clave nuclear de los delitos sexuales".

Así las cosas, el 3 de marzo de 2020 el Ministerio de Igualdad sometió a la aprobación del Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, cuyas propuestas de reforma del CP en lo que se refiere a

---

<sup>78</sup> RAMÍREZ ORTIZ, J.L.: "Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal. La sentencia de" La Manada", en *Jueces para la democracia*, núm. pág. 11-25.

los delitos sexuales se pasa a analizar.

#### **IV. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL**

##### **1. Motivación del legislador**

La primera idea que destacar de la EM del Anteproyecto es que reconoce que las violencias sexuales son una de las violaciones de derechos humanos más comunes de la sociedad española. Se trata de un tipo de violencia que no afecta solamente a las víctimas, sino de manera colectiva al conjunto de mujeres, pues ante la proliferación de delitos sexuales nos sentimos inseguras y dominadas por el patriarcado. Estas violencias sexuales han adquirido en los últimos años, gracias al movimiento feminista, una mayor visibilidad social.

Pero una de las principales ideas de esta EM es que nuestra regulación en este ámbito precisa ser acomodada a las previsiones contenidas en el convenio del Consejo de Europa firmado en Estambul en 2011, que recoge un concepto muy amplio de violación, al entender que esta se produce con la realización de cualquier acto sexual sin consentimiento de la víctima. En base a esto, la ley pretende abordar de manera integral las violencias sexuales cometidas contra mujeres, cumpliendo así con las recomendaciones a España por parte de la Naciones Unidas<sup>79</sup> de ampliar el marco normativo para incluir un enfoque global sobre esta violencia. Por ello, en la EM se recoge que una de las medidas más relevantes que trae consigo el Anteproyecto es “eliminar la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul”.

Quisiera detenerme en lo que el legislador entiende que serían los dos principales efectos de esta equiparación: se atenuarían los problemas probatorios y se evitaría la victimización secundaria. En cuanto a los problemas probatorios, es claro que con la regulación actual se presentan dificultades a la hora de acreditar la presencia de violencia

---

<sup>79</sup> La Recomendación General 35 (2017) del Comité CEDAW sobre violencia contra las mujeres por razones de género desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres causadas por agentes estatales o particulares, entre ellas las violencias sexuales, y afirma que deben abarcar la obligación de prevenir, investigar, enjuiciar, sancionar a los responsables y garantizar la reparación a las víctimas.

o intimidación como elementos definitorios de la agresión sexual. Coincido plenamente con JERICÓ OJER al considerar que el hecho de englobar en una sola figura las distintas conductas de ataque a la libertad sexual disminuiría estas dificultades probatorias. Como hemos visto a lo largo del trabajo, resulta especialmente complicado distinguir la fina línea que separa la intimidación del prevalimiento o delimitar el concepto de intimidación ambiental. Sin embargo, lo que propone el Anteproyecto es que cualquier modalidad de ataque, ya sea con violencia, intimidación, abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, privación de sentido, abuso de situación mental o anulación de la voluntad por cualquier otra causa, suponga un único delito de agresión sexual, eliminando la dualidad, es decir, la diferencia entre abuso sexual y agresión sexual. También esta equiparación, coincidiendo con la opinión de JERICÓ OJER, contribuiría a evitar la victimización secundaria que sufren las mujeres víctimas de violencia sexual, sobre todo en los casos de abuso sexual, por la carga simbólica que transmite la etiqueta “abusada”<sup>80</sup>, que no es lo mismo que ser considerada “agredida”. Por todo lo expuesto, se entiende que con la unificación de todos los ataques sexuales en una sola figura de agresión sexual se pretende, acertadamente, evitar la revictimización y atenuar los problemas probatorios<sup>81</sup>.

En definitiva, la idea que quiere transmitir el legislador es que la reforma penal propuesta se justifica en la necesaria adecuación de nuestro Derecho Penal sexual al Convenio de Estambul y con ello, se han de regular los delitos sexuales en base al consentimiento y no a si existió violencia o intimidación. Es evidente que el caso “La Manada” y el revuelo social, político y mediático que generó la SAP de Navarra realmente impulsaron de manera definitiva la necesidad de reforma, pero como se ha señalado anteriormente, los reproches a la regulación de los delitos contra la libertad sexual venían de años atrás.

## **2. Propuesta de reforma legislativa**

La primera cuestión que debemos plantearnos es si resulta necesario modificar la regulación de los delitos contra la libertad sexual. Coincido plenamente con FARALDO CABANA y RAMÓN RIBAS al considerar que ha llegado el momento de un cambio, pero esta vez no para subir las penas, sino para aplicar la perspectiva de género a unos delitos

---

<sup>80</sup> La palabra “abuso” viene del latín *abusus* y significa “uso injusto o excesivo”, lo que implícitamente presupone el derecho de uso.

<sup>81</sup> JERICÓ OJER. L.: “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en *Jueces y Juezas para la Democracia*, núm. 11, 2020, pág. 18.



que, por mucho que estén redactados en términos neutrales, siguen cometiendo mayoritariamente los hombres contra las mujeres. Sin embargo, estos tipos penales se interpretan aplicando parámetros sexistas sobre la gravedad de la violencia o intimidación, la necesidad de una resistencia activa por parte de la víctima que en modo alguno aparece en la descripción típica, y sobre el consentimiento o, mejor dicho, sobre el silencio y la pasividad como forma de consentimiento tácito<sup>82</sup>. Así pues, habiendo admitido la necesidad de una revisión de estos delitos, pasaremos en este punto a estudiar la propuesta de reforma efectuada por el ALOGILS.

El Anteproyecto consta de una EM, cincuenta y ocho artículos contenidos en un Título Preliminar y otros ocho títulos, una DA, una DT, una DD y veinte DF, que son las que en general modifican la legislación vigente. Entre éstas, se dedica la primera, en sus dieciséis apartados, a la reforma del CP.

### *2.1. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual (Art. 178 CP)*

El primer punto a destacar, por ser el más relevante, es la modificación del CP respecto a la eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual, dado que en el Anteproyecto se propone la unificación de todas las modalidades de atentado a la libertad sexual en una única categoría que pasa a denominarse agresión sexual<sup>83</sup>. A través del apartado ocho de la DF primera del ALOGILS, se modifica el art. 178 CP<sup>84</sup> que pasa a regular como tipo básico el delito de agresión sexual, que aparece definida como “cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su

---

<sup>82</sup> FARALDO CABANA, P./ RAMÓN RIBAS, E.: “La sentencia de La manada y la reforma de los delitos de agresiones sexuales y abusos sexuales en España”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 289.

<sup>83</sup> Véase JERICÓ OJER, L.: “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en *Jueces y Juezas para la Democracia*, núm. 11, 2020, pág. 16.

<sup>84</sup> El nuevo art. 178 CP quedaría redactado de la siguiente manera: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. 3. El Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho”.

consentimiento”. Con ello se cumple lo dispuesto en el art. 36 del Convenio de Estambul, que impone a los Estados la obligación de tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente, la penetración vaginal, anal u oral no consentida con cualquier parte del cuerpo o con un objeto, los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona y el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

En mi opinión resulta procedente la consideración de que todo atentado sexual sea una agresión sexual, pues el efecto comunicativo o fuerza expresiva propia de esta expresión es, sin duda, superior y, con certeza, más adecuado para adjetivar los abusos sexuales no consentidos, especialmente (pero no sólo) cuando existió acceso carnal en alguna de sus manifestaciones o introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal<sup>85</sup>. Por ejemplo, un acceso carnal tras una sumisión química sería calificado, conforme a la normativa actual, como abusos sexuales, muy lejos de lo que una persona media conceptúa como violación o como agresión<sup>86</sup>. Sin embargo, aunque la violencia y la intimidación dejen de ser el criterio de clasificación legal de los atentados sexuales, considero importante que deban tener una concreta respuesta penal distinta según la intensidad del atentado a la libertad sexual sufrido. No puede darse la misma respuesta a los supuestos en los que el medio empleado sea distinto, equiparando, por ejemplo, la violencia a la falta de consentimiento. Si no se tiene en cuenta la diversa lesividad de las conductas, se vulneraría el respeto del principio de seguridad jurídica y del principio de proporcionalidad en el tratamiento punitivo de los distintos hechos<sup>87</sup>. Por lo tanto, la idea de unificar el concepto de agresión y abuso sexual del Anteproyecto

---

<sup>85</sup> RAMÓN RIBAS, E.: “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 166.

<sup>86</sup> Véase JERICÓ OJER, L.: “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal”, en MONGE FERNÁNDEZ (Dir.) / PARRILLA VERGARA (Coord.): *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, 2019, pág. 330.

<sup>87</sup> Sobre la diferenciación entre las diversas modalidades de atentado a la libertad sexual, con estos y otros argumentos: DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-10, 2019, pág. 10; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Comunicado sobre la actual regulación de las agresiones y abusos sexuales*, 25 de mayo de 2019.

Reivindica también el mantenimiento de estas distinciones MUÑOZ CONDE, F.: “La vinculación del Juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, en *Revista Penal*, núm. 43, 2019, pág. 227, 228; y en el mismo sentido CUERDA ARNAU, M.L.: “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. Consentimiento viciado”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 114, 115.

me parece acertada, pues con ella se aligeran las dificultades probatorias a la hora de obtener una condena por estos hechos y, en consecuencia, se garantiza que las víctimas no se vean inmersas durante la averiguación de los hechos en situaciones que cuestionen de manera desconsiderada su cualidad de víctima. Sin embargo, sí veo necesario que se dé distinto tratamiento penal en función de la gravedad del atentado sexual o de las distintas modalidades de ejecución. Coincido con quienes sostienen que la sumisión química es un ejercicio violento cuya pena debe ser igual que otras manifestaciones de violencia, porque el autor pone en peligro la integridad física de la víctima, actúa de manera alevosa y, además, reduce el valor de la declaración de la víctima dentro de la actividad probatoria del procedimiento<sup>88</sup>.

El propio texto que propone la reforma determina que se entiende que no habría consentimiento si la víctima no manifiesta libremente su voluntad de participar en la relación sexual, por actos exteriores, concluyentes e inequívocos. Por lo tanto, se parte de una presunción de inexistencia de consentimiento, algo que es fundamental<sup>89</sup> ya que, como hemos explicado anteriormente, el propósito de esta reforma es adecuar la legislación penal española a las exigencias del Convenio de Estambul, que en su art. 36.2 establece que:

“El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

De acuerdo con la STS 344/2019, de 4 de julio<sup>90</sup>, en una interpretación jurídica acorde con el Convenio, el consentimiento debe manifestarse expresamente o deducirse de forma clara, y no se puede “(...) interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho”.

Cabe destacar que las legislaciones de Suecia, Alemania, Reino Unido o Bélgica

---

<sup>88</sup> Véase JERICÓ OJER, L.: “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal”, en MONGE FERNÁNDEZ (Dir.) / PARRILLA VERGARA (Coord.): *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, 2019, pág. 331.332.

<sup>89</sup> PERMATO MARTÍN, T.: “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento” en *Jueces y Juezas para la Democracia*, núm. 11, 2020, pág. 4: “No se puede analizar el consentimiento en las relaciones sexuales sin utilizar un enfoque de género, pues no podemos desconocer la existencia de un orden sociosexual que beneficia a los hombres y a lo masculino en perjuicio de las mujeres y lo femenino”.

<sup>90</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 344/2019, de 4/7/2019, (RJ 2019\3382).

recogen la falta o ausencia de consentimiento como elemento definidor del delito sexual que nos ocupa, esto es, existe violación si no ha existido un consentimiento expreso verbal o gestual de la víctima, descartando el requisito de la existencia de violencia, amenazas o aprovechamiento de la indefensión para que un acto sea considerado violación<sup>91</sup>.

Por lo tanto, si en la relación sexual no se produce el consentimiento expreso, ello daría lugar a la comisión de un delito contra la libertad sexual. La doctrina se encuentra dividida en este aspecto, pues hay reflexiones acordes a que se exija el consentimiento expreso<sup>92</sup>, pero hay otras posturas contrarias a ello<sup>93</sup>. En mi opinión, puede resultar algo absurdo o disparatado tener que decir explícitamente “sí” en una relación sexual para que exista el consentimiento, basta pensar en las relaciones de pareja en las que la aceptación a participar en actos sexuales, en la mayoría de las ocasiones es implícita y no verbal. Quizá por ello en el Anteproyecto se exige que la persona “haya manifestado (...) conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”. La referencia a “las circunstancias concurrentes” permite entender que no necesariamente tiene que expresarse un “sí” como tal, sino que habrá que valorar la situación en la que se da la relación sexual, el estado en el que se encuentra el sujeto pasivo y el conocimiento que el autor del hecho tiene de dichos elementos externos<sup>94</sup>. Por lo tanto, deberá haber una manifestación de voluntad que sea claramente perceptible por la otra parte de la relación sexual, sin que podamos dejar en manos de los juzgadores que interpreten si efectivamente hubo consentimiento, expreso o tácito, por parte de la víctima. En este sentido, JERICÓ OJER entiende que es importante reseñar que

---

<sup>91</sup> VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 193.

<sup>92</sup> ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS: *Manifiesto sobre líneas de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la libertad sexual*, julio de 2018.

<sup>93</sup> GIL GIL, A./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: “A propósito de la Manada. Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, pág. 22 y ss, considerando sumamente problemático el planteamiento porque exigiría el absurdo de estar expresando la anuencia durante todo el encuentro sexual puesto que el silencio se interpreta como ausencia de consentimiento, no permite hacer diferencias entre las múltiples situaciones que se pueden plantear en el contexto de una relación sexual.

LASCURÁIN SANCHEZ, J.A.: “Las huellas de La Manada”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, pág. 69, quien considera incluso que incluir la exigencia de consentimiento expreso es una manifestación del Derecho penal del enemigo.

<sup>94</sup> Sería conveniente que el CP recogiera que, para valorar el consentimiento de la víctima en la relación sexual, se tuvieran en cuenta las palabras, gestos o acciones por ella emitidas, en definitiva, se considerase si en su conducta durante la relación hay expresiones de voluntariedad.

la existencia de pacto o consenso (terminología más adecuada que consentimiento o tolerancia) se evidencia no solo cuando éste se verbaliza, sino también cuando se deduce de las circunstancias circundantes<sup>95</sup>.

Teniendo en cuenta esta propuesta de regulación del consentimiento, si éste se probase ello justificaría la absolución. Ahora bien, la carga de la prueba del consentimiento recaería sobre el propio acusado. Hay autores que piensan que esto supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia, al invertirse la carga de la prueba y trasladar al acusado la necesidad de acreditar que existió dicho consentimiento expreso, lo que sería una prueba diabólica<sup>96</sup>. En mi opinión, el hecho de que haya que manifestar un “sí” expreso no implica que la acusación no tenga que probar el delito (seguirá correspondiendo a la víctima acreditar que conforme a las condiciones circundantes no hubo actos exteriores, concluyentes o inequívocos que implicaron un consentimiento), con lo que se respetaría el principio *affirmanti incumbit probatio* (a quien afirma, incumbe la prueba) y el principio de presunción de inocencia. Además, es necesario que se exija que el consentimiento sea inequívoco para que no haya delito, pues de lo contrario estaríamos dejando en manos de jueces y tribunales que se interprete si efectivamente hubo consentimiento, expreso o tácito, por parte de la víctima.

En definitiva, el Anteproyecto está recogiendo el postulado de “solo sí es sí”, abandonando así una tendencia que parece exigir a la mujer expresar el “no” para que exista delito. La reforma propone un criterio basado en el consentimiento activo, un consentimiento que, en mi opinión, coincidente con la de JERICÓ OJER, debe ser interpretado como acuerdo o consenso de una participación activa y recíproca en una relación sexual.

Esta nueva figura de agresión sexual permite abarcar actos violentos, intimidatorios, con abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima,

---

<sup>95</sup> JERICÓ OJER, L.: “*Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal*”, en MONGE FERNÁNDEZ (Dir.) / PARRILLA VERGARA (Coord.): *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, 2019, pág. 328 y 329.

<sup>96</sup> OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: “Delitos sexuales: derecho penal y cultura de la violación con ocasión del caso de “La Manada”, en LLORIA GARCÍA.P. (Coord.) y CRUZ ÁNGELES, J. (Coord.): *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 132. Este autor lo considera un Derecho Penal del enemigo, en el que el sujeto activo, por ser hombre, es considerado sujeto peligroso y las garantías procesales y jurídicas que le son propias al Derecho Penal del ciudadano se difuminarían en este tipo de delitos.

sobre personas privadas de sentido o de cuya situación mental se abuse y sobre personas que tengan la voluntad anulada por cualquier causa. Estos supuestos, “en todo caso” serán considerados agresión sexual, pero no se descartan otros supuestos fuera de los mencionados.

Para eliminar definitivamente la dualidad entre abuso y agresión sexual, dejando una única figura de agresión sexual, era preciso que el apartado once suprimiera el Capítulo II del Título VIII del Libro II del CP, eliminando así los arts. 181 y 182 sobre los abusos sexuales.

En cuanto a las penas, según el actual CP, este art. contempla prisión de entre uno y cinco años, mientras que la pena que prevé en Anteproyecto es de uno a cuatro años. Por lo tanto, se mantiene el mínimo, pero se rebaja el máximo de cinco a cuatro años. Pero no es una rebaja como tal, sino que, al unificar abusos y agresiones sexuales, se debe incorporar el marco punitivo de los abusos, que era inferior al de las agresiones.

La norma plantea, además, en el nuevo art. 178.3 CP, la posibilidad de que el Juez, atendiendo a la menor entidad del hecho y siempre que no concurran las circunstancias agravantes del art. 180 CP, imponga la pena inferior en grado, esto es, de seis meses a un año de prisión, o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Por lo tanto, a través de este precepto se faculta al Juez para que modere la pena impuesta, en atención a la menor entidad del hecho. Esta cláusula da lugar a múltiples interpretaciones y puede ser susceptible de producir problemas de seguridad jurídica y disparidad de criterios al encontrarnos con un concepto jurídico indeterminado que en materia de delitos contra la libertad sexual no existía a fin de fijar la conducta sexual que se entienda como de «menor entidad». Por un lado, podría pensarse que, dado que una de las penas que prevé el art. 178.3 CP es la de prisión de uno a cuatro años, coincidente con la prevista para el actual delito de abuso sexual, la menor entidad del hecho hace referencia a aquellos ataques sexuales en que no se emplea ni violencia ni intimidación. Por otro lado, también podría encajar en esta cláusula de “menor entidad del hecho” aquellos ataques sexuales con violencia o intimidación pero que no son de entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. Podría entonces a través de esta cláusula graduar la intensidad de la violencia y sobre todo de la intimidación, algo fundamental cuando la intimidación no consiste en el claro anuncio de un mal inmediato y grave. Por lo tanto, se daría el caso de que los tribunales consideraran que la intimidación es de menor grado o entidad e imponer

por ello las penas alternativas del art. 178.3 CP. Creo por lo manifestado que esta cláusula de la menor entidad del hecho que faculta graduar la pena permite respetar el principio de proporcionalidad, pero su indefinición, al ser “la menor entidad del hecho” un concepto jurídico indeterminado, sí plantea problemas de inseguridad jurídica<sup>97</sup>.

En resumen, desaparece la distinción entre agresión y abuso sexual y se unifican terminológicamente todas las modalidades en un único concepto (agresión sexual), algo que a mi juicio resulta positivo. No obstante, considero que se debe mejorar esta propuesta legislativa para graduar el reproche penal e incrementar la penal en función del desvalor de la conducta y de la lesividad del atentado a la libertad sexual. En cuanto al consentimiento, debe ser interpretado como acuerdo o consenso de una participación activa, valorando el estado de la víctima, su actitud, sus palabras o expresiones y en general todos los actos exteriores que determinen que consiente la relación sexual.

## *2.2 El delito de “violación” (Art. 179 CP)*

Se mantiene el delito de violación igual que en la regulación vigente, considerando como tal “cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”, pero unificando las conductas con independencia de si estas se llevan a cabo con violencia o intimidación. Con esta tipificación, se supera el hecho de que se identificase el concepto jurídico de “violación” únicamente con los accesos carnales o la introducción de miembros y objetos con violencia o intimidación y se dejara fuera de ese concepto otras conductas que implicaban igualmente acceso carnal o introducción de miembros u objetos pero que eran consideradas simplemente abuso. Socialmente esto es incomprensible y así lo hizo saber la ciudadanía en el caso de “La Manada” a través de sus protestas por que la víctima hubiera sido considerada solo abusada, propugnando la unificación del término. Con la propuesta se acomoda el concepto social de violación a su concepto jurídico con independencia de la modalidad de ejecución<sup>98</sup>.

El cambio consiste en una disminución de pena, que pasa de la horquilla de seis a

---

<sup>97</sup> JERICÓ OJER. L.: “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en *Jueces y Juezas para la Democracia*, núm. 11, 2020, pág. 20.

<sup>98</sup> JERICÓ OJER. L.: “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en *Jueces y Juezas para la Democracia*, núm. 11, 2020, pág.21.

doce años a la de cuatro a diez años. Así, la pena coincide con la que actualmente prevé el CP para estas modalidades cuando se trata de un abuso sexual con acceso carnal (art. 181.4º CP).

### *2.3. Nuevas circunstancias de agravación (Art. 180 CP)*

El art. 180 CP recoge las circunstancias de agravación aplicables tanto al delito de agresión sexual (art. 178 CP) como al delito de violación (art. 179 CP). En mi opinión, es acertada la decisión de crear un catálogo lo más unificado posible de las circunstancias de agravación para todos los atentados contra la libertad sexual.

Una consecuencia de esta unificación es que con la propuesta de reforma cualquier conducta que atente contra la libertad sexual realizada conjuntamente por dos o más personas sea agravada. La diferencia básica respecto a la regulación vigente reside en que esta solo prevé la agravación por actuación conjunta en la modalidad violenta o intimidatoria, esto es, las actuales agresiones sexuales (art. 178 CP) y la violación (art. 179 CP), por lo que con el actual CP no es posible que un abuso sexual sea agravado por la participación de dos o más personas. En mi opinión, la regulación actual es insuficiente, pues la intervención de varias personas puede facilitar notablemente la comisión de un abuso sexual con prevalimiento o con abuso de trastorno mental. Por ello, teniendo en cuenta que la realización del hecho por dos o más personas supone un incremento del injusto por la mayor facilidad de comisión, también en los abusos sexuales, considero muy procedente la agravación para todos los casos.

Además, se introducen dos nuevos tipos agravados no contemplados en la regulación actual. En primer lugar, a través del apartado 4º se introduce la circunstancia agravante de que la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, de acuerdo con la concepción de violencia de género de la LOMPINVG. A mi juicio, la agravación de las conductas sexuales en la pareja resultaría apropiada y estaría justificada cuando dichas conductas se produzcan en un claro contexto de dominación sobre la mujer por parte del hombre, que utilice la relación sexual impuesta como instrumento de humillación, degradación y negación de la dignidad de la mujer. En segundo lugar, el apartado 6º contempla como agravación que el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Este



quizá sea uno de los cambios más significativos, puesto que con la regulación actual estos supuestos en que el acto sexual se produce sobre una víctima influenciada por sustancias son considerados como abuso sexual. Con la propuesta de reforma, sería un caso de agresión sexual sin discusión, pues como hemos señalado los abusos desaparecen, pero además si hubiera sido el agresor quien suministra las sustancias a la víctima con el fin de mermar su capacidad de resistencia, concurriría esta agravante a la que nos referimos. En mi opinión, es muy positivo que se aumente el reproche penal en los casos de sumisión química, debido a su carácter alevoso, pues sin duda merece mayor condena aquel agresor que, para asegurarse de cometer el acto sexual sin riesgo de que la víctima pueda reaccionar defensivamente, le somete a la influencia de sustancias psicotrópicas que disminuyen su capacidad de resistir la agresión.

También se modificarían las penas cuando concurren agravantes. Las penas pasarían a ser de dos a seis años de prisión para agresiones sexuales sin penetración (en vez de cinco a diez años) y de siete a doce años para agresiones sexuales con penetración, es decir, violaciones (en vez de doce a quince años, como contempla el actual CP). En el caso de que concurren varias circunstancias agravantes, la pena máxima de prisión se impondrá en su mitad superior, lo que hasta ahora también se contemplaba, pero con la novedad de que se podría llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado.

Por último, se introduce una agravante especial para los casos en que el autor de la agresión sexual se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de la autoridad o funcionario público, en cuyo caso se impondrá la inhabilitación absoluta de seis a doce años.

### **3. Valoración personal**

Habiendo analizado la propuesta de reforma, considero que, por un lado, presenta ventajas muy positivas respecto a la regulación actual pero que, por otro lado, el Anteproyecto también plantea ciertos problemas de proporcionalidad, seguridad jurídica o terminología que trataremos de exponer.

Partimos de la base de que el actual CP precisa de una reforma en su regulación de los delitos sexuales, pues es donde más patente queda la necesidad de que nuestro ordenamiento jurídico recoja los cambios de mentalidad de una sociedad cuya concepción de estos delitos no casa en absoluto con la concepción jurídico-penal que

ofrece la regulación vigente<sup>99</sup>. Efectivamente la regulación actual de los abusos transmite un mensaje merecedor de crítica: aunque motivada por la situación, la víctima acabó prestando el consentimiento para la relación sexual. Ello, además, produce una inevitable revictimización al generar un fuerte sentimiento de culpa. Por tanto, es necesaria la reforma del CP en este sentido, eliminando la distinción entre agresión y abuso basada en si ha concurrido o no violencia o intimidación para regular los delitos sexuales en base al consentimiento, de acuerdo con el Convenio de Estambul.

Por ello, considero como aspecto positivo de la propuesta de reforma la desaparición de distinción entre agresión y abuso sexual, unificando todos los comportamientos bajo una misma categoría y castigando por el simple ataque a la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, sin distinguir si hubo violencia o intimidación o no. Esto es así porque hay conductas en las que no concurre violencia o intimidación, pero que bajo mi punto de vista merecen el mismo reproche penal, como son aquellas en las que el agresor provoca la inconsciencia o involuntariedad de la víctima a través de la sumisión química para cometer el hecho. En mi opinión, deben quedar equiparadas las conductas de quien agrede sexualmente con violencia o intimidación a quien lo hace sobre una persona inconsciente, pues no me parece que sea más leve aprovechar esa situación de inconsciencia para cometer una violación que utilizar la fuerza o la intimidación con esa misma finalidad.

Pero fuera de este caso concreto, para los demás casos, se puede optar por una unificación, pero debemos ser cautos, pues una relación sexual con violencia o intimidación debe ser más grave que otra donde no hay consentimiento, pero tampoco hay violencia o intimidación, pues con estos elementos además de un atentado contra la libertad sexual, también se pone en peligro la integridad física de la víctima, con lo que son dos bienes jurídicos lesionados y, por ende, merece más reproche penal. Es claro que el daño a la libertad sexual admite grados, por lo que no podemos castigar con el mismo marco penal conductas en las que el medio empleado es distinto y por lo tanto no suponen el mismo desvalor de la acción.

Por ello considero que se deben realizar legislativamente mayores esfuerzos para

---

<sup>99</sup> El término “abuso” es percibido en la sociedad como demasiado generoso para lo que trata de denominar, por lo que no se entiende que se reserve el término “violación” a las agresiones sexuales con penetración y no califique otros atentados sexuales con penetración.

graduar las penas en la medida en que aumente el desvalor de la conducta y la afectación a la libertad sexual, pues una cosa es que la unificación de conceptos favorezca el aspecto comunicativo que se traslada a la sociedad y otra muy distinta que se equipare el tratamiento penal de todas las relaciones sexuales no consentidas. En definitiva, aunque me parezca positiva la fusión en el concepto de agresión, se debería diferenciar el marco punitivo en función de la gravedad del ataque a la libertad sexual.

Otra de las claves de la reforma está en el consentimiento, que se regula en el Anteproyecto como la voluntad expresada por actos exteriores, concluyentes e inequívocos. Podría plantear problemas de proporcionalidad asimilar la falta de consentimiento a la falta de voluntad manifiesta y claramente expresada, pues se castigarían conductas sexuales consentidas por la víctima, pero con un consentimiento no manifestado, no expreso, no externo, o no concluyente. Por ello, creo que el Anteproyecto debería reformular esta cuestión recogiendo la exigencia, no tanto de un consentimiento expreso de la víctima, sino más bien de un consenso o una aprobación de una participación activa en la relación sexual, en la que deben tenerse en cuenta todos los actos que “rodean” la relación y de los que pueda derivarse que la víctima la consiente. De lo contrario, si el Anteproyecto no aclara esta cuestión y define de mejor manera la exigencia de consentimiento, siempre habrá un tribunal que tendrá que determinar si la víctima consintió o no.

Un aspecto que considero que debe ser revisado y reformulado es la facultad que contempla el Anteproyecto de que el Juez pueda aplicar el tipo atenuado del nuevo art. 178.3 CP en atención a la “menor entidad del hecho”. Considero que es positiva su contemplación en cuanto permite el cumplimiento del principio de proporcionalidad, pero que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, debería expresarse con claridad en el propio precepto qué se entiende por “menor entidad del hecho”, que parámetros o extremos se tendrán en cuenta para su consideración o en qué casos se aplicaría.

En cuanto a las agravantes, la modificación que me parece más conveniente es contemplar como agravante que el autor haya anulado la voluntad de la víctima mediante la sumisión química. En el CP actual, el acto sexual sobre la víctima que tiene su voluntad anulada se considera expresamente como un abuso sexual (art. 181.2 CP) y no como una agresión. Como apuntaba unas líneas más arriba, la anulación de la

voluntad de la víctima operando directamente sobre su cuerpo debe ser considerada como una modalidad de violencia, pues no parece que haya diferencia esencial entre ejercer violencia física, como un golpe en la cabeza sobre la víctima para hacerle perder el conocimiento, y que el “golpe” sea químico sobre su cerebro. Por lo tanto, con la eliminación de la distinción entre abuso y agresión, los atentados sobre la víctima que tiene anulada su voluntad se equiparan a los atentados violentos. Ahora bien, la agravante prevé que se endurezcan las penas cuando sea el propio agresor quien provoca esa situación, por ser quien suministra el fármaco, la droga o cualquier otra sustancia para cometer los hechos. El fundamento de la agravación se encuentra en la utilización de determinados medios que, además de poder ser peligrosos para la salud de la víctima, facilitan la comisión del delito, evitando los riesgos de una posible defensa, lo que supone una mayor gravedad de lo injusto por añadir un especial e intenso desvalor de la acción. En base a lo expuesto, me parece adecuado que estas conductas de sumisión química merezcan una mayor respuesta penal.

En conclusión, son muchas las ventajas que presenta la propuesta de reforma, aunque habría que perfeccionar bastantes cosas para ajustarla a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica. En cualquier caso, por mucho que se mejore la protección penal de un bien jurídico, si a la par no se adoptan medidas que apunten a modificar estereotipos, prejuicios sociales y pensamientos que permiten socialmente la repetición de estas conductas, no se habrá contribuido realmente a solventar el problema de la violencia sexual, que tiene una innegable base violenta, a la que se suma una segunda base discriminadora<sup>100</sup>.

## V. CONCLUSIONES

I. La LOMPIVG únicamente asimila la violencia de género a aquella perpetrada sobre la mujer por la pareja o el cónyuge o aquel que lo fue en el pasado, por lo que quedan fuera del ámbito de protección de esta ley los casos de violencia sexual que no se hayan cometido en el seno de estas relaciones. Sin embargo, el Convenio de Estambul establece una noción más amplia según la cual la violencia sexual contra las mujeres entra dentro de la categoría de violencia de género, cualquiera que sea el

---

<sup>100</sup> FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M.: “Presentación”, en FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A (Coord.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 29.

ámbito en que se produzca.

II. Del estudio de los datos de la incidencia de violencia sexual en España, puede extraerse que ha incrementado notablemente el número de denuncias presentadas, lo que responde a la mayor sensibilización de la sociedad acerca de lo necesario que es denunciar los delitos sexuales. Sin embargo, las estadísticas muestran que muchos de los casos que se denuncian y se esclarecen, no llegan a condenarse. Esto puede deberse, por un lado, a la victimización secundaria que sufren las mujeres al sentirse cuestionadas y culpabilizadas por el sistema, que hace que renuncien al proceso por no querer revivir la situación traumática. Por otro lado, también se puede explicar este aspecto porque muchas agresiones sexuales se producen en un ámbito de intimidad y privacidad, sin más testigos que los involucrados en la relación, lo que dificulta enormemente la prueba y lleva a la víctima a desistir del proceso.

III. Los delitos sexuales han sufrido numerosas reformas legislativas a lo largo de los años, debidas a los cambios de mentalidad y de costumbres de la sociedad. En 1995 se aprobó el actual CP y desde entonces se han modificado tanto las conductas típicas como los marcos penales. Sin embargo, la regulación actual de la agresión y el abuso sexual es cuestionable, pues presenta ciertas deficiencias y problemas de interpretación que han llevado a plantearse su reforma.

IV. Según la tipificación del CP, el elemento que distingue las agresiones de los abusos sexuales es el empleo o la ausencia de violencia o intimidación. En el abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado por las causas tasadas en la ley, mientras que en la agresión sexual la víctima no consiente porque su voluntad queda doblegada a causa del miedo que le provoca la violencia o intimidación ejercida por el agresor.

V. La jurisprudencia ha determinado que la violencia típica del delito de agresión sexual debe consistir en el empleo de la fuerza física para doblegar la voluntad de la víctima, sin que sea necesario que sea irresistible, pues en caso contrario estaríamos exigiendo a la víctima que ponga en riesgo su integridad física y su vida. Por su parte, la intimidación ha sido definida por la jurisprudencia como la amenaza de un mal grave, futuro y verosímil, sin que sea necesario que sea inmediato, ni tampoco irresistible, pero que en cualquier caso sea bastante para someter o suprimir la voluntad de resistencia de la víctima.

VI. El caso de “La Manada” resultó especialmente polémico por la gran diferencia entre la SAP de Navarra, que condenó por un delito de abuso sexual con prevalimiento al considerar que las relaciones sexuales se mantuvieron en un contexto de abuso de superioridad que ejercieron deliberadamente los acusados sobre la víctima, lo que hizo que esta no pudiera prestar su consentimiento libremente y la STS, condenó por un delito de agresión sexual, al apreciar que no era una situación de superioridad, sino que lo que concurrió fue una fuerte intimidación ambiental que hizo que la voluntad de la víctima se viera totalmente anulada para poder actuar en defensa de su libertad sexual.

VII. Ha quedado proyectada la suave línea que separa la intimidación y el prevalimiento, y es que la primera es una forma de coerción sobre la voluntad de la víctima que anula o disminuye radicalmente su capacidad de decidir, mientras que en el prevalimiento también hay una situación que coarta la libertad de decisión de la víctima, pero es una especie de intimidación de menor grado, pues no impide absolutamente la libertad, sino que la disminuye considerablemente.

VIII. El ALOGILS viene a hacer efectiva la necesaria reforma del CP para adecuar la regulación de nuestro Derecho Penal sexual al Convenio de Estambul y, por tanto, tipificar los delitos sexuales en base al consentimiento y no a los medios comisivos. El Anteproyecto propone unificar todas las modalidades de atentado a la libertad sexual en una única categoría que pasa a denominarse “agresión sexual” y determina, bajo el postulado de “solo sí es sí”, que el consentimiento ha de ser manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos.

En mi opinión resulta positivo que se unifiquen terminológicamente todas las modalidades en un único concepto. Sin embargo, debería graduarse el reproche penal en función de la lesividad del atentado a la libertad sexual, algo que quizás podría hacerse a través de la cláusula que contiene el nuevo art. 178.3 CP que posibilita al Juez a imponer la pena inferior en grado atendiendo a la “menor entidad del hecho”, expresión que a su vez considero que plantea problemas de inseguridad jurídica dada su indefinición. En cuanto al consentimiento, considero que debería exigirse un acuerdo o consenso de una participación activa, valorando las circunstancias concurrentes tales como el estado de la víctima, su actitud, sus palabras o expresiones y en general todos los actos exteriores que determinen que consiente la relación sexual.

IX. La nueva circunstancia agravante que propone el Anteproyecto de que la víctima sea o haya sido pareja del agresor resulta apropiada y estaría justificada cuando la agresión se produzca en un claro contexto de dominación sobre la mujer por parte del hombre, que utilice la relación sexual impuesta como instrumento de humillación, degradación y negación de la dignidad de la mujer.

En cuanto a la agravante de sumisión química, es un gran avance que se aumente el reproche penal en esos casos, pues además de poner en riesgo la salud de la víctima, tiene un gran componente alevoso ya que el agresor, para asegurarse de cometer el acto sexual sin riesgo de que la víctima pueda reaccionar defensivamente, le somete a la influencia de sustancias psicotrópicas que disminuyen su capacidad de resistir.

X. Considero que la reforma de los delitos contra la libertad sexual viene siendo necesaria desde hace tiempo por las deficiencias en su actual regulación. Esa necesidad se ha hecho más patente aún si cabe con los múltiples casos polémicos de atentados sexuales que han indignado y movilizado a la sociedad. El Anteproyecto plantea ciertas propuestas de reforma sobre las que no cabe realizar crítica alguna, pero sin embargo, hay otros puntos de la propuesta que el legislador debería reconsiderar para crear una ley lo más clara, segura y justa.

XI. Como broche final, quisiera reflejar una célebre frase del filósofo y jurista Montesquieu que puede ser aplicable a todo tiempo y lugar y que, sin duda alguna, define a la perfección la necesidad de reformar nuestro actual CP en lo que a los delitos sexuales se refiere: *“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa”*.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

-AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA: “Ya es hora de que me creas. Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas”, Amnistía Internacional España, 2018, disponible en: [www.es.amnesty.org](http://www.es.amnesty.org).

-ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS: *Manifiesto sobre líneas de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la libertad sexual*, julio de 2018.

-ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL: “A propósito del caso de “La Manada”, *Jueces*

*para la democracia*, núm. 92, 2018, pág. 5-9.

-CONSEJO DE EUROPA, Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 11 de mayo de 2011, Serie Tratados del Consejo de Europa, núm. 210.

-CORCOY BIDASOLO.M (Dir.) / VERA SÁNCHEZ, J.S (Coord.), *Manual de derecho penal parte especial*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

-CUERDA ARNAU, M.L.: “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm.13, 2010, pág. 1-44.

-DÍEZ RIPOLLÉS, J.L: “El no es no”, *El País*, (10 de mayo de 2018). Disponible en [https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530\\_373340.html](https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html).

-DÍEZ RIPOLLÉS, J.L: “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-10, 2019, pág. 1-29. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>.

-EMAKUNDE / INSTITUTO VASCO DE LA MUJER, *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria, 1998.

-FARALDO CABANA, P. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Dir.) / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M<sup>a</sup>.A. (Coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

-FUENTES SORIANO. O.: *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009.

-GIL GIL, A./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: “A propósito de la Manada. Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, pág. 4-15.

-GOENAGA OLAIZOLA, R.: “Delitos contra la libertad sexual”, en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 10 extraordinario, 1997, pág. 95-120.



-GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL, Comunicado sobre la actual regulación de las agresiones y abusos sexuales, 25 de mayo de 2019.

-INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Estadísticas de condenados adultos*, 2019, disponible en [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica\\_C&cid=1254736176793&menu=ultiDatos&idp=1254735573206](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176793&menu=ultiDatos&idp=1254735573206).

-JERICÓ OJER, L.: “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal”, en: MONGE FERNÁNDEZ (Dir.) / PARRILLA VERGARA (Coord.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, 2019, pág. 285-337.

-JERICÓ OJER. L.: “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en *Boletín Comisión de Violencia de Género, Jueces y Juezas para la Democracia*, núm. 11, 2020, pág. 15-35. Disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/07/BOLETIN-N-11-VdG-2020.pdf>.

-LAMARCA PEREZ, C.: “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 27, 1996, pág. 50-61.

-LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.L.: “Las huellas de La Manada”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, pág. 16-21.

-LLORIA GARCÍA.P. (Coord.) y CRUZ ÁNGELES, J. (Coord.) *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

-LLORIA GARCÍA, P.: “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, pág. 309-357.

-MINISTERIO DEL INTERIOR. *Portal Estadístico de Criminalidad*, 2019, Ministerio del Interior, Gobierno de España, disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/seriesAnual>

[es.html](#).

-MUÑOZ CONDE, F.: “La vinculación del Juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, en *Revista Penal*, núm.43, 2019, pág. 221-244.

-ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, OMS, Washington, 2003.

-OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: “Delitos sexuales: derecho penal y cultura de la violación con ocasión del caso de “La Manada””, en LLORIA GARCÍA.P. (Coord.) y CRUZ ÁNGELES, J. (Coord.) *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 113-136.

-PERMATO MARTÍN, T.: “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento” en *Boletín Comisión de Violencia de Género Jueces y Juezas para la Democracia*, núm. 11, 2020, pág. 3-15.  
<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/07/BOLETIN-N-11-VdG-2020.pdf>.

-PRESNO LINERA, M.A: “Proceso penal y proceso social: A propósito del caso “La Manada””, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 77, 2018, pág. 50-59.

-RAMÍREZ ORTIZ, J.L.:” Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal. La sentencia de” La Manada””, en [Jueces para la democracia](#), núm. 92, 2018, pág. 11-25.

-UBIETO OLIVÁN, A.: “La violencia sexual como violencia de género: una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos” en *Femeris*, núm. 2, 2018, pág. 165-170. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/femeris.2018.4324>.

## VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

### Tribunal Supremo:

- STS, Sala de lo Penal, núm. 1192/1997, de 3/10/1997, (RJ 1997\7001)
- STS, Sala de lo Penal núm. 1396/1999, de 1/10/1999, (RJ 1999\7597)

- STS, Sala de lo Penal, núm. 1583/2002, de 3/10/2002, (RJ 2002\9356)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 226/2003, de 19/2/2003, (RJ 2003\2276)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 812/2003, de 3/6/2003, (RJ 2003\4290)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 380/2004, de 19/3/2004, (RJ 2004\3413)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 578/2004, de 26/4/2004, (RJ 2004\3240)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 1169/2004, de 18/10/2004, (RJ 2005\781)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 1291/2005, de 8/11/2005, (RJ 2006\398)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 1353/2005, de 16/11/2005, (RJ 2006\118)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 914/2008, de 22/12/2008, (RJ 2009\1376)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 39/2009, de 29/1/2009, (RJ 2009\819)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 1113/2009, de 10/11/2009, (RJ 2010\997)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 383/2012, de 25/5/2012, (RJ 2012\6558)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 305/2013, de 12/4/2013, (RJ 2013\3187)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 355/2015, de 28/5/2015, (RJ 2015\2491)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 769/2015, de 15/12/2015, (RJ 2015\5419)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 60/2016, de 4/2/2016, (RJ 2016\298)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 630/2016, de 14/7/2016, (RJ 2016\3765)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 166/2019, de 28/3/2012, (RJ 2019\1795)
- STS Sala de lo Penal, núm. 216/2019, de 24/4/2019, (RJ 2019\1381)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 344/2019, de 4/7/2019, (RJ 2019\3382)
- STS, Sala de lo Penal, núm. 459/2019, de 14/10/2019, (RJ 2019\3900)

#### **Tribunal Superior de Justicia:**

- STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 8/2018, de 30/11/2018, (ARP 2019\933)
- STSJ de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, núm. 14/2020, de 18/3/2020 (ARP 2020\662)

#### **Audiencia Provincial:**

- SAP de Navarra, Sección 2ª, núm. 38/2018, de 20/3/2018, (ARP 2018\149)
- SAP de Burgos, Sección 1ª, núm. 379/2019, de 11/12/2019, (JUR 2019\338357)